

# FORMAS DE ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL

**Juan L. Fuentes Osorio**

*Profesor (doctor) de Derecho Penal. Universidad de Jaén*

---

FUENTES OSORIO, Juan L. Formas de anticipación de la tutela penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 08-08, p. 08:1-08:40. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 08-08 (2006), 24 ago]

**RESUMEN:** El autor sostiene que las manifestaciones del fenómeno de la anticipación de la tutela penal se pueden organizar ,mediante dos criterios: el emplazamiento dentro del iter criminis (delitos preparatorios y de tentativas de participación) y el juicio de peligro (delitos de peligro abstracto). Ambos criterios están necesariamente vinculados: los delitos del iter criminis serán siempre una clase de delitos de peligro; las conductas sancionadas como delitos de peligro ocupan obligatoriamente

una posición dentro del proceso delictivo. En consecuencia, el análisis de las conductas que representan una antelación de la intervención penal debe tener en cuenta ambas cuestiones: el estudio aislado de un comportamiento sólo como preparación o como peligro abstracto soslaya importantes reflexiones sobre su contenido de peligro o sobre las consecuencias que se derivan de su posición en el iter criminis.

**PALABRAS CLAVES:** Anticipación tutela penal, actos preparatorios, tentativa participación, delitos peligro abstracto, delitos de acumulación.

Fecha de recepción: 1 junio 2006

Fecha de publicación: 24 agosto 2006

---

**SUMARIO:** SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CRITERIOS DE ORDENACIÓN DE LAS FORMAS DE APARICIÓN DE LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL. 1. La antelación en función del emplazamiento dentro del iter criminis. 1.1. Formas de punición de las conductas preparatorias. 2. La antelación en función del juicio de peligro. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

## I. INTRODUCCIÓN

El término «anticipación penal» se refiere a un modo de actuación penal ilegítima porque no respeta los límites impuestos por el principio ofensividad: se prevé una intervención penal contra conductas que no representan un ataque con suficiente

entidad objetiva al bien jurídico tutelado<sup>1</sup>. No obstante, esta forma de comprensión del principio de ofensividad no es universalmente compartida: no todos consideran que el fin del Derecho penal sea la protección de los bienes jurídicos ni, consecuentemente, que el referente material de la actividad penal legítima sea la afectación material de un bien jurídico. El debate sobre la anticipación no desaparece, empero, sino que cambia de perspectiva: se limitará a determinar, por ejemplo, si la creación de una norma (con independencia del grado de afectación de un bien jurídico que represente) es funcional para el mantenimiento del equilibrio del sistema y, en un momento posterior, a verificar si hay una infracción de una norma vigente que no esté amparada por otra expectativa normativa.

El subsistema político creador del derecho, dentro de un ambiente que no deja de cambiar, debe crear normas capaces de reducir la complejidad social a través de la generalización de expectativas de conductas (formulaciones claras e inequívocas de lo que el Derecho va a proteger frente a su decepción). Una norma será *materialmente justa* porque su existencia y el reestablecimiento de su vigencia reducen la complejidad del sistema social y ayuda a la conservación de su estabilidad<sup>2</sup>. Desde una lógica funcional-sistémica sólo es necesariamente valioso para el sistema lo que contingentemente contribuya a su mantenimiento estable<sup>3</sup>.

La producción de normas *justas* sólo porque responden a criterios de funcionalidad<sup>4</sup> conduce a la relativización de los principios limitadores del poder punitivo del Estado (por ejemplo, los de protección exclusiva de bienes jurídicos, de ofensividad, de culpabilidad<sup>5</sup>). Ahora bien, como la *racionalidad sistémica* renuncia a someterse a unos determinados valores que actúen como constantes límites externos<sup>6</sup> («en todo caso los límites operan de modo inmanente y se hallan en la “constitución” o la “autocomprensión” del respectivo modelo social»<sup>7</sup>) no hay realmente una infracción de esos principios cuando dejan de aplicarse (hecho que para algunos, y desde sistemas de justificación de la actividad legislativa penal distintos, determinaría el carácter *injusto* de las normas creadas), sino una eterna actualización del elenco de principios vigentes (y de sus definiciones) según las necesidades del sistema. La ausencia de un límite material permanente y necesario que justifique la norma penal posibilita la aparición de

<sup>1</sup> Vid. MÜLLER-DIETZ 1973: 46-55; FERRAJOLI: 464 y ss.; BECK 1992; SÜß 1995: 221; PARK 1997: 139; DETZNER 1998: 167 y s.; SANTANA VEGA 2000: 159; MENDOZA BUERGO 2001a: 78-83.

<sup>2</sup> Lo característico de la concepción funcional-sistémica es que el contenido del injusto no viene determinado por la lesión de un bien jurídico sino por el posicionamiento del autor frente a la norma: el comportamiento delictivo no es el ataque contra determinados intereses o bienes jurídicos sino la simbólica puesta en cuestión de una norma (forma general de orientación de la conducta) que representa ese ataque (vid. JAKOBS 1989: 229; ídem, *PG*, n. 7, 25/21; VEHLING 1991: 88; LESCH 1995: 38). Consiste en la «defraudación de las expectativas normativas» jurídicamente institucionalizadas (ello no quiere decir que no tenga importancia el resultado entendido como acontecimiento natural: el «no-reconocimiento» de la norma es un proceso comunicativo que exige una objetivización, JAKOBS 1992: 105 y s.). En ese contexto el Derecho penal asume la misión de reestablecer en el plano comunicativo la vigencia de la norma perturbada por un delito: las normas orientadoras de la vida social están garantizadas en la medida en que, primero, hay prevista una sanción punitiva y, segundo, se aplica cuando se vulnera la norma, lo que reestablece su vigencia y la confianza en el orden jurídico como criterio que orienta las relaciones sociales (JAKOBS 1996: 18 y s.).

<sup>3</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ 1997b: 21-25; SORIANO 1997: 163; PORTILLA 2005.

<sup>4</sup> Y porque se han creado de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto. Por consiguiente, la concepción funcional-sistémica del Derecho penal, encargado de la estabilización del sistema social a través de la estabilización del subsistema jurídico, posee un concepto de justicia predominantemente *procedimental*, preocupado por la creación y aplicación correcta de la norma y el mantenimiento de su vigencia, vid. RODRÍGUEZ IBÁÑEZ 1998: 248; PORTILLA 2005: 65.

<sup>5</sup> Vid. BARATTA 1984: 535; ALBRECHT, *Kr*: 4, 66; PORTILLA 2005; DIEZ RIPOLLÉS 2005: 18.

<sup>6</sup> PORTILLA 2005: 65.

<sup>7</sup> SILVA SÁNCHEZ 1997b: 24.

lo que desde una perspectiva material del injusto vinculado al fin superior de protección de bienes jurídicos podría entenderse como un ilícito formal, que se independiza de la necesidad de establecer una relación causal de lesividad con un bien jurídico concreto<sup>8</sup>. De este modo, que la sanción penal, por ejemplo, de la preparación delictiva fuera una intervención penal anticipada no dependería de su relación de lesividad con el bien jurídico. Hablaríamos de anticipación únicamente cuando se sancione penalmente a un ciudadano que no infringe ninguna norma con su conducta. De nuevo con la preparación: se dice que semejantes conductas no deben ser objeto de persecución penal porque son comportamientos sitos en el marco legalmente reconocido al ciudadano, dentro del cual puede actuar sin vulnerar las expectativas normativas. En un Estado social y democrático de derecho la esfera exenta de responsabilidad que cada ciudadano posee alcanza los pensamientos, el ámbito de lo privado y las conductas externas irrelevantes por sí mismas<sup>9</sup>. Ahora bien, necesidades del sistema pueden establecer que esa expectativa normativa de irresponsabilidad en el ámbito de lo privado no esté vigente. Así, se puede mantener que una conducta externa no sólo perturbe por arrogación de una organización ajena, también lo haga cuando pueda revelar una futura arrogación de organización: «Entonces se trata de un injusto de amenaza: se ve conmovida la seguridad de la validez fáctica de la norma»<sup>10</sup>. El sujeto que da a entender que en el futuro realizará una acción perturbadora atenta contra la *norma de flanqueo* protectora de la principal («confianza en la vigencia de la norma desde la perspectiva del afectado»)<sup>11</sup>. En este caso no habrá anticipación, y ello, primero porque la norma que sanciona ciertas conductas preparatorias es funcional al mantenimiento del sistema; segundo, porque en el momento en que se realizan, como son un atentado contra la vigencia de la norma, exigen dentro del contexto simbólico de los procesos de comunicación una respuesta penal.

Sin embargo, en ocasiones se llega a la misma conclusión (respecto a la anticipación y los márgenes de punición) alcanzada por los planteamientos abiertamente orientados a la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho<sup>12</sup> (ya sea porque aquéllos intentan mantener una conexión con el bien jurídico y el principio de ofensividad, ya sea porque éstos relajan su sujeción a los citados principios)<sup>13</sup>.

Incluso cuando se acepta el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos no todos defienden que sea penalmente relevante el mismo grado de afectación del bien tutelado. El concepto de anticipación de la tutela penal también depende de lo que se considere «injusto originario»: hay una anticipación de la tutela penal cuando se persiguen comportamientos que, aunque orientados a la lesión de un bien jurídico, no se incluyen dentro del ámbito legítimo del Derecho penal que resulta de la concepción del injusto que se defiende<sup>14</sup>.

Desde una perspectiva *estrictamente subjetiva del injusto*, en la medida en que el fundamento del injusto penal es la *voluntad manifestada contraria a la norma de*

<sup>8</sup> Vid. JAKOBS 1996: 11.

<sup>9</sup> JAKOBS 1985: 295-303; VEHLING 1991: 98-102.

<sup>10</sup> JAKOBS, *PG*: 25/1e; ídem 1985: 304 y s., 316.

<sup>11</sup> JAKOBS 1985: 315.

<sup>12</sup> ALCÁCER 2000: 349

<sup>13</sup> ALCÁCER (2000: 331 y s) sostiene que el fin preventivo general de protección de la vigencia de la norma no es incompatible con la protección del bien jurídico, porque la expectativa garantizada por la norma puede ser la protección del bien jurídico. Vid. en este sentido OTTO 1976: 208 y s.; SANCINETTI 1996: 52, 50-53. Cfr. ZIELINSKI 1986: 111/4; PEÑARANDA/SUÁREZ/CANCIO 1999: 38; GARCÍA AMADO 2000: 242; PORTILLA 2002a: 136.

<sup>14</sup> SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 16.

*determinación* no habría anticipación de la actividad punitiva del Estado cuando la intención se encuentre exteriorizada: pasa a ser irrelevante cuál sea la peligrosidad de la conducta. Cualquier voluntad contraria a la norma completa el tipo de injusto penal, de modo que no sólo la tentativa, sino también los actos preparatorios serían una forma de consumación en cuanto reflejan esa intención opuesta al mandato o prohibición. Por consiguiente, sólo habría anticipación cuando se persigan comportamientos en los que esa intención no sea expresa (o en los que no exista esa intención).

Un enfoque subjetivo defiende que el injusto consiste en la infracción de la prohibición o mandato, que se concreta en un deber, por medio de la acción final del autor dirigida a la infracción de la norma<sup>15</sup>. Lo importante es la realización de una conducta final *manifiesta* que vulnere el *deber* normativo: el desvalor de la acción queda totalmente subjetivado hasta el punto de convertirse en un desvalor de la intención. Así mismo la producción de un resultado, que no puede ser objeto del imperativo recogido por la norma por ser fruto de la casualidad, deviene en irrelevante<sup>16</sup>. La presencia de una lesión o de cuál sea el grado de afectación del bien jurídico protegido que puede generar una conducta es irrelevante. Cualquier voluntad contraria a la norma completa el tipo de injusto penal: el denominador común de las teorías subjetivas es la inevitable extensión del ámbito de lo punible que alcanza a los actos preparatorios (extensión en el *iter criminis*) y a las tentativas inidóneas e irreales (extensión objetiva)<sup>17</sup>. Provoca que la preparación, la tentativa y la consumación se encuentren equiparadas desde la perspectiva del merecimiento de pena<sup>18</sup>. Además, tampoco es capaz de justificar, dentro de la lógica de su sistema, por qué no se extiende la punición general de las conductas preparatorias<sup>19</sup>: si la preparación representa ya una intención contraria a la norma que ha sido manifestada tendría que regir el principio de persecución penal de la preparación en todos los casos y lo excepcional sería la impunidad<sup>20</sup>.

Una concepción subjetiva corregida, que requiere que el comportamiento realizado tenga un *efecto conmocionante* en la comunidad<sup>21</sup>, limita el ámbito de la anticipación a

<sup>15</sup> Vid. WELZEL 1969: 1 y ss.; ZIELINSKI 1973: 130 y ss.; Armin KAUFMANN 1977: 93; CUELLO CONTRERAS, PG: 364.

<sup>16</sup> Vid. ZIELINSKI 1973: 130 y ss., 200-217. En todo caso, el resultado sólo será relevante para determinar la necesidad de la pena (ZIELINSKI 1973: 207), es decir actúa como condición objetiva de punibilidad, HORN 1973: 80-82; MIR PUIG 1985: 101 y s.; ídem 1988: 672 y ss.; CUELLO CONTRERAS, PG: 357; ídem 1999: 297; MORENO-TORRES 1999: 167, 183-194, 340.

<sup>17</sup> Vid. ROXIN 1979: 1; ZACZYK 1989: 104; NIEPOTH 1994: 38, 61 y s.; RATH 1998: 1008; MALITZ 1998: 171; SERRANO-PIEDRACASAS 1999: 523; ALCÁZER 2000: 70 y s.; MUÑOZ LORENTE 2003: 180, 194; DEMETRIO CRESPO 2003: 69, 73.

<sup>18</sup> Vid. FARRÉ TREPAT 1986: 211; PAPAGEORGIOU-GONATAS 1988: 60; NIEPOTH 1994: 56; SERRANO-PIEDRACASAS 1999: 531; ALCÁZER 2000: 78. Reconoce que un desvalor de la acción entendido como *Intentionsunwert* tiene dificultades para establecer una escala en el injusto (consumación/tentativa acabada, tentativa inacabada, preparación) STRUENSEE 1989: 534.

<sup>19</sup> Vid. MUÑOZ LORENTE 2003: 196. No obstante, sería posible, dentro de la teoría subjetiva, dejar fuera del ámbito de lo punible a la preparación si consideramos (I) que no hay todavía una expresión de la intención, o bien que (II) aunque se reconozca la existencia de una intención delictiva en la preparación, la ausencia de resolución ejecutiva por parte del autor en la fase preparatoria priva de relevancia penal al comportamiento, porque impide afirmar la presencia de una intención contraria al derecho semejante a la de la tentativa o consumación, vid. STRUENSEE 1989.

<sup>20</sup> Vid. JAKOBS, PG: 25/17; ROXIN 1998: 165 y s.

<sup>21</sup> La teoría de la impresión destaca el carácter socialmente perturbador del hecho penalmente relevante: «conmocionar la confianza de la comunidad en la inviolabilidad del orden jurídico y mermar la paz jurídica», RADTKE 1996: 880. Vid. ROXIN 1979: 1; JESCHECK/WEIGEND, AT: 514; PAPAGEORGIOU-GONATAS 1988: 209-27.

aquellos supuestos en que se sancionen conductas que no impresionan o no tengan capacidad para impresionar a la sociedad. Ahora bien, la falta de un criterio que determine con absoluta certeza cómo se mide la impresión de la confianza<sup>22</sup> permite justificar cualquier extensión del injusto: basta mantener que la conmoción exigida concurre en el comportamiento concreto o en esa clase de conductas<sup>23</sup>. Ya que «un mismo hecho puede ser *sentido* de diversa manera»<sup>24</sup> es sencillo afirmar o negar la conmoción. Ello dependerá en definitiva de lo que la sociedad considere como comportamiento que conmociona<sup>25</sup>, que podría ser todo<sup>26</sup>. Por tanto, el recurso aislado a criterios psico-sociales que atienden a la repercusión social que la conducta concreta haya tenido fomenta el decisionismo y la inseguridad jurídica<sup>27</sup>.

La voluntad contraria a derecho no puede justificar *per se* el injusto punible: se requiere un momento de relevancia objetiva<sup>28</sup>. Lo acertado de esta afirmación no evita, empero, plantearse nuevas disyuntivas, relativas a cómo se debe tener en cuenta esta referencia objetiva, que afectaran a la extensión del campo de aplicabilidad del concepto «anticipación de la tutela penal». Por un lado, la apreciación de este límite objetivo puede conducir a planteamientos que defienden que el injusto viene determinado por la existencia de una conducta que *ex post* lesiona el objeto material del bien jurídico protegido por el tipo penal<sup>29</sup>. De ello resulta que el momento de intervención penal anticipada se identifique con la persecución de cualquier comportamiento que no suponga *ningún* tipo de perjuicio contra un bien jurídico. Sin embargo, una concepción tan estricta del injusto originario sólo incluiría supuestos de lesión y dejaría fuera parte de las tentativas de autoría (aquellas que no han generado ningún menoscabo del bien jurídico, p.e., un disparo que no ha alcanzado a la víctima<sup>30</sup>). Dicho de otro modo, esta interpretación considera que toda reacción penal que no sea la respuesta a una efectiva lesión del bien tutelado será una anticipación<sup>31</sup>. En cambio, un enfoque que no reduzca el injusto originario a la efectiva lesión *ex post* sino que incluya la capacidad lesiva *ex ante*<sup>32</sup> de la conducta produce el efecto positivo de limitar el ámbito de la anticipación penal. Así, no se podrá mantener que haya una anticipación de la tutela cuando un

<sup>22</sup> Vid. VEHLING 1991: 59; SOLA RECHE 1996: 106; MALITZ 1998: 159; RATH 1998: 1008; MORENO-TORRES 1999: 333; ALCÁZER 2000: 343; KÜHL, AT: 15/42; HIRSCH 2001: 714 y s.; HERZBERG 2001: 268; MUÑOZ LORENTE 2003: 198; DEMETRIO CRESPO 2003: 77 y s.

<sup>23</sup> Vid. KÜHL, AT: 15/43.

<sup>24</sup> Vid. SOLA RECHE 1996: 106.

<sup>25</sup> Vid. MALITZ 1998: 160; MURMANN 1999: 4.

<sup>26</sup> O podría ser nada: la idea de *conmoción de la confianza de la comunidad* también puede implicar la ausencia de sanción de comportamientos que sí lesionan un bien jurídico pero que no provocan tal conmoción: ora porque se interprete que si no hay conmoción no hay auténtica lesión del interés jurídico, ora porque aunque se reconozca la lesión del objeto se aplique la ausencia de conmoción como criterio de oportunidad procesal.

<sup>27</sup> ALCÁZER 2000: 428.

<sup>28</sup> TORÍO 1992: 174 y s.; MALITZ 1998: 158 y s.

<sup>29</sup> Vid. FEUERBACH, *Lehrbuch*: 71 y s.; SPENDEL 1966: 102-106.

<sup>30</sup> Una concepción objetiva que limita el injusto a la efectiva lesión del bien jurídico o a la peligrosidad *ex post* genera una exclusión del ámbito normativo de los supuestos que contienen un peligro de lesión sólo verificable *ex ante*, pero que *ex post* se muestra irrelevante.

<sup>31</sup> El ámbito de lo punible se reduce en exceso ya que en un sentido estricto el uso de una perspectiva *ex post* conduce a la inidoneidad de toda tentativa. Vid. CEREZO MIR 1998: 22; CUELLO CONTRERAS 1999: 296; SILVA SÁNCHEZ 1997a: 125; ALCÁZER 2000: 138; HIRSCH 2001: 720.

<sup>32</sup> Vid. v. LISZT 1884: 190 y s.; v. HIPPEL 1921: 526-29; HENCKEL 1930: 13-15.

comportamiento que no ha producido efectivamente una lesión posea, al menos, capacidad lesiva pues con ella satisface ya el injusto penal (bien porque esa exigencia de capacidad lesiva sea un mínimo a partir del cual se produce una agravación progresiva en función del resultado producido *ex post*, bien porque complete el injusto en su totalidad: el resultado producido *ex post* únicamente sea una condición objetiva de punibilidad). De ahí que la anticipación sólo pueda tener lugar en el instante en que se reconozca que se persigue un modo de actuar que ni siquiera tiene esa capacidad lesiva *ex ante*. Este planteamiento nos permitiría desterrar del ámbito de lo punible tanto la tentativa irreal como la preparación del delito y mantendría la posibilidad de punición de comportamientos que sólo *ex post* se muestran inidóneos.

No obstante, en este segundo caso la anticipación vendrá a su vez subordinada a la clase de peligro (real, potencial o posible) que *ex ante* se considere penalmente relevante. Cuanto menos se apoye la construcción de la peligrosidad de la acción relevante en la necesidad de probar la capacidad para producir el resultado menor serán el número de supuestos en los que se pueda sostener que hay una anticipación de la tutela penal.

Por ejemplo respecto a la creación de un tipo que sanciona una conducta que no lesiona un bien jurídico y no tiene una capacidad para provocar una lesión del bien jurídico tutelado sin una actuación posterior se puede presuponer que su relevancia material reside en que contiene las mínimas condiciones que se consideran suficientes para producir un daño<sup>33</sup>, porque posee, desde una perspectiva global, las características mínimas que tendría toda acción peligrosa («peligrosidad abstracta»)<sup>34</sup>. También se mantiene que la relevancia material de ese comportamiento se encuentra en que pertenece a un grupo de modos de actuar que podrían ser peligrosos en determinadas circunstancias<sup>35</sup> o que según la experiencia podrían ser peligrosos<sup>36</sup> («peligrosidad general»)<sup>37</sup>. En este contexto lo decisivo es comprobar «la regularidad con la que determinadas acciones conllevan un peligro y no la confirmación de tal máxima de experiencia»<sup>38</sup>. Dicho de otro modo, el grado de probabilidad de producción del resultado penalmente relevante se vincula a juicios de peligrosidad estadísticos o globales<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Esta teoría de la no se basa «en la relación de frecuencia estadística entre dos sucesos (...) sino en la *concur-rencia* en el caso de las *condiciones* que hacen de una conducta algo peligroso para el objeto de protección...», MENDOZA BUERGO 2001b: 69; ZIESCHANG 1998: 377, 383.

<sup>34</sup> Vid. KINDHÄUSER 1989: 238 y s.

<sup>35</sup> Vid. FREHSEE 1997: 16.

<sup>36</sup> Vid. KINDHÄUSER 1989: 229 y ss.; SEELMANN 1992: 454.

<sup>37</sup> Distingue entre peligrosidad abstracta y general, MENDOZA BUERGO 2001b: 68-79; CUESTA PASTOR 2002: 75 y s. KISS (2006) considera acertadamente que no hay diferencia entre ambos tipos de peligrosidad.

<sup>38</sup> MENDOZA BUERGO 2001b: 77. PAREDES CASTAÑÓN (1995) insiste en que el recurso a leyes fenoménicas probabilísticas para enjuiciar el peligro «son de mucho más fácil elaboración y verificación (contrastabilidad empírica)» que las deterministas que establecen «una conexión *necesaria* entre dos especies de hechos» porque sólo «establecen una conexión *de frecuencia* entre dos especies de hechos», 1995: 172-74 (cursiva original). En estos casos la cuestión no radica en probar que son capaces de producir el resultado sino si la proposición efectuada es falsa, lo cual se efectúa mediante «muestreo estadístico, del grado de frecuencia con que se produce la conexión entre las dos especies de hechos recogidos en la ley. De acuerdo con esto, una ley fenoménica de carácter probabilístico será válida mientras no se compruebe que la inferencia inductiva del resultado realmente obtenido en un muestreo estadístico acerca de la realización del fenómeno que se pretende explicar (en nuestro caso, la creación del peligro) resulta —en virtud de otras leyes fenoménicas probabilísticas no recusadas— absolutamente improbable a partir de la hipótesis explicativa que la ley contiene (aquí, la acción que se califica como peligrosa)», 1995: 176 y s.

<sup>39</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ 1999: 105; ALCÁCER 2002a: 11.



La cuestión en el análisis del juicio de peligro *ex ante* consiste en la *elección* de aquellas *condiciones* de una ley causal general cuya realización va a entenderse como parte del núcleo originario del injusto<sup>40</sup>. A partir de la magnífica distinción que efectúa KISS (2006)<sup>41</sup> se puede mantener que es posible actuar penalmente antes de que se produzca un resultado lesivo mediante la sanción (por extensión del tipo o de modo autónomo) de conductas que sean: (i) una *condición necesaria* de un fenómeno lesivo todavía no producido, (ii) el *antecedente* (o condición marco) de una condición necesaria, (iii) una *condición suficiente*. Mientras que en el primer caso se inicia un proceso causal (porque conocemos una ley causal que establece esa relación o porque se intuye su existencia) que normalmente conduce de forma directa (sin intervención de tercero) a la producción de un resultado lesivo, en los dos últimos supuestos (y más allá de que se puedan encontrar motivos que aconsejen la intervención penal) considero que habría una anticipación de la tutela penal ya que el legislador va muy atrás en esa ley causal (quedando aún muchos actos pendientes de realización: *carácter mediato*) y/o se detiene en elementos de relevancia tangencial en el proceso causal (*carácter condicional*). Las conductas incluidas en estos grupos tienen, por consiguiente, una peligrosidad mediata y condicional: no pueden conducir sin la intervención propia o de un tercero a un resultado lesivo, simplemente son capaces de favorecer o facilitar una actividad delictiva posterior. Ejemplos de ello serían lo que tradicionalmente se han denominado «delitos preparatorios»<sup>42</sup> y «delitos de peligro abstracto».

## II. CRITERIOS DE ORDENACIÓN DE LAS FORMAS DE APARICIÓN DE LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL

La anticipación de la tutela penal, desde un enfoque que no reduce el injusto a la producción de una lesión efectiva sino que también abarca la capacidad lesiva *ex ante*, equivale a la criminalización de conductas que no lesionan o que no representan una puesta en peligro, materialmente relevante, del bien jurídico<sup>43</sup>. Desde esta perspectiva se suelen nombrar como formas de antelación a los delitos de peligro abstracto, los

<sup>40</sup> Vid. KISS 2006.

<sup>41</sup> «En el delito de peligro abstracto, el legislador selecciona entre las condiciones propias de una ley causal general, a través de la descripción típica, cuáles de ellas tienen que verificarse en concreto. En determinadas ocasiones, se ocupa tan sólo de los antecedentes de una de las condiciones necesarias (aparentemente aislada) del resultado disvalioso (...) En algunos tipos de peligro abstracto el legislador reacciona prohibiendo condiciones necesarias de una "ley causal" que se sospecha existente pero cuya validez no está comprobada. Esto puede explicarse como una reacción frente al desconocimiento en la que se habla de peligro o de riesgo como posibilidad *aparente* de causalidad».

<sup>42</sup> Las conductas preparatorias requieren su asociación con un comportamiento sucesivo y de carácter delictivo. Su capacidad lesiva depende, por tanto, de su utilización posterior para la satisfacción de un fin criminal: sólo podemos sostener que el bien jurídico protegido ha sido puesto en peligro de forma penalmente relevante cuando las condiciones favorables creadas o los objetos aportados al efecto son usados en un segundo momento para la consecución del delito planeado. Por consiguiente, la situación anterior sólo puede ser definida como peligrosa en la medida en que crea las condiciones que exige el posterior desarrollo de un plan criminal.

<sup>43</sup> Normalmente se afirma que el peligro penalmente relevante es la *puesta en peligro concreto*, vid. SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 35.

delitos de tentativa y emprendimiento y los delitos de preparación<sup>44</sup>. Ahora bien, esta enumeración de las técnicas de anticipación del *ius puniendi* es confusa.

(1) En los delitos de tentativa y emprendimiento no tiene por qué haber una antelación ya que el comportamiento recogido en el tipo puede suponer (perspectiva *ex post*) una lesión (parcial o total) del bien jurídico. Así mismo, los delitos de tentativa y emprendimiento, cuando no sean ya una lesión del bien jurídico tutelado, recogen conductas con capacidad de afectación suficiente (directa *ex ante*). En estos casos, habrá una anticipación si se utiliza un concepto muy amplio de anticipación que incluya todos los supuestos en los que no haya un efectivo menoscabo del interés tutelado. Sin embargo, olvida que la tentativa, con independencia de que sea sancionada de forma autónoma o mediante la extensión del alcance del tipo, no es una anticipación de la tutela cuando se maneja un concepto más restrictivo, de modo que estos comportamientos se integran en una idea de injusto originario vinculado tanto a la lesión como a la puesta en peligro suficiente.

(2) También es confusa porque utiliza indistintamente dos criterios de clasificación. Confluyen conductas cuya denominación obedece a la posición que tienen dentro del proceso del delito, otras, empero, responden al juicio de peligrosidad utilizado. Es preferible recurrir a otros términos que expresan con mayor claridad la separación de las formas de anticipación en dos grupos: en función de la peligrosidad de las conductas y de la fase del *iter criminis* que ocupan. En este último grupo se tendría que tener en cuenta, así mismo, que, dentro del criterio de ordenación *iter criminis*, en concreto en el grupo *actos preparatorios*, se incluyen conductas que pertenecen al *iter criminis* de la participación.

(3) El análisis aislado de ambos criterios (peligrosidad y fase del *iter criminis*) no debe ocultar los vínculos existentes entre ellos. Las fases del *iter criminis* se castigan porque contienen una peligrosidad que se considera penalmente relevante. Los delitos de peligro representan la persecución penal de conductas que no lesionan necesariamente el bien jurídico, que ocupan una posición dentro un *iter criminis* concreto, y que deben tener una sanción proporcional a su situación en esa escala de proximidad a la consumación de la lesión del bien jurídico.

En suma, la confluencia de ambos criterios en el análisis del fenómeno de la anticipación es obligatoria: se trata del análisis de comportamientos que *nunca* deja de ser delitos del *iter criminis* y delitos de peligro al mismo tiempo, y de ambos aspectos se derivan diferentes reflexiones dogmáticas que han de ser tenidas en cuenta.

## 1. La antelación en función del emplazamiento dentro del *iter criminis*.

Este grupo utiliza como criterio organizador la posición que una conducta tiene dentro del *iter criminis* de la autoría o participación.

<sup>44</sup> Vid. p.e. BECK 1992: 22, 86 y s.; SÜß 1995: 221; PARK 1997: 139; DETZNER 1998: 167 y s.; SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 35 y ss.



(A) Los *delitos de tentativa de autoría* sancionan comportamientos que no consuman materialmente la lesión del bien jurídico tutelado pero que representan un inicio de la lesión, o poseen una capacidad suficiente *ex ante* para ello, de ese concreto bien jurídico.

(1) Los delitos de tentativa de la autoría se pueden sancionar a través de la **extensión no autónoma** del alcance del tipo penal prevista en la Parte General del Código Penal. Por ejemplo en España el art. 16 CP es una causa de extensión del alcance del tipo a conductas que «objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

(2) Ahora bien, también se pueden sancionar de *forma autónoma*. En este caso se incluye en la descripción típica una conducta que es una forma de tentativa material en relación con un bien jurídico concreto.

(2.a) Se pueden crear un *tipo omnicompreensivo*:

✍ Que castigue *genéricamente* la consumación y la tentativa. Por ejemplo, ello se aprecia de forma clara en los arts. 423.1 y 445 CP que sancionan a los que «corrompieren o intentaren corromper».

✍ Que incluya varias fases *concretas* del *iter criminis* (tentativas e incluso otras fases anteriores<sup>45</sup>). Preceptos del actual Código penal que responden a esta tendencia serían por ejemplo los arts. 197, 270, 273, 359, 368, 386, 389, 566, 568 CP. Así, el art. 359, relativo a la salud pública, abarca un momento concreto de su *iter criminis* que coincide con una forma de tentativa: «*elabore* sustancias nocivas para la salud (...), o los despache o suministre, o comercialice con ellos». Si se considera que el despacho, suministro o comercialización de semejantes sustancias son las formas de conducta que consuman la lesión del bien jurídico salud pública, entonces, la simple elaboración será una tentativa (inacabada)<sup>46</sup>. También, se aprecia ello en el art. 419 (cohecho pasivo propio): si el núcleo fundamental del injusto se encuentra en el «acuerdo injusto», pues en ese instante se produce la lesión del principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública, la solicitud es un *intento* de ello<sup>47</sup>.

En ambos casos se indica que el delito se consuma (y se sanciona como tal) con la simple realización de la fase imperfecta del *iter criminis* genérica o concretamente descrita: «para la consumación no hace falta que se alcance el fin de la acción, es decir, la consumación formal puede tener lugar también cuando materialmente existe una tentativa»<sup>48</sup>.

(2.b) La otra opción sería crear un *tipo que se limita exclusivamente a la sanción de la tentativa*: ora porque se indique claramente que se castiga el «intento» como conducta nuclear del tipo (p.e. el «intento de alterar los precios» del art. 284); ora porque el tipo

<sup>45</sup> Y otras formas de intervención delictiva.

<sup>46</sup> No obstante si en este caso no se reconoce el carácter autónomo del bien jurídico salud pública y hay una necesaria vinculación con un bien jurídico individual de referencia, entonces tendremos que hablar de tentativas (para los actos de despacho, suministro y comercialización) y de preparación (elaboración).

<sup>47</sup> Vid. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA 2005: 1630 y s.

<sup>48</sup> JAKOBS, PG: 25/7.

se concentre en sancionar *la mera ejecución de actos* que *per se* sólo representan un inicio de la ejecución de un delito (p.e. los arts. 436, 439, 442). Quizá los ejemplos más claros (y al mismo tiempo más justificados en su existencia<sup>49</sup>) sean los delitos de atentado contra los recursos naturales y el medio ambiente art. 325 CP (que sólo exige la realización de la conducta típica, p.e. un vertido, con capacidad para «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales»<sup>50</sup>) y el delito de rebelión art. 472 CP<sup>51</sup> (que requiere el alzamiento violento y público).

En estos supuestos es donde se suele ver con mayor facilidad el punto de conexión entre delitos de peligro y de tentativa. La diferencia entre ambos se quiere establecer en que los delitos de tentativa son delitos de peligro con una peculiaridad subjetiva: en ellos no basta la realización de la conducta típica como sucede en los de peligro, además, se requiere típicamente que el dolo también abarque la lesión del bien jurídico (o una forma concreta de lesión) y no sólo su puesta en peligro<sup>52</sup>. Así, no basta el alzamiento público: debe buscar algunos de los objetivos descritos en los números 1-7: derogación o alteración de la Constitución, impedir la libre celebración de elecciones, etc. No obstante, cuando el tipo renuncia a recoger este requisito (como sucede en el 325), aun cuando se pueda determinar esa exigencia dogmática y jurisdiccionalmente, hay una ausencia de un criterio seguro que nos permita distinguir en un plano subjetivo los delitos de peligro y de tentativa<sup>53</sup>. Además, la búsqueda de un criterio subjetivo de distinción es inadecuado por otros motivos. Primero, porque olvidan que la principal diferencia está en un plano objetivo: análisis de una conducta según la clase de peligrosidad, según su posición en el *iter criminis*. Segundo, porque trasladan la impresión de que se puede hacer una separación real (más allá del plano explicativo en que aquí se realiza) entre ambos tipos de delitos. Ello es falso, la presencia del elemento subjetivo no convierte los delitos de peligro en delitos de tentativa (ni de preparación): objetivamente se trata de una misma conducta que *nunca* deja de ser ambas cosas.

(3) Paralela a esta clasificación de los delitos de tentativa se sitúa otra más común: aquélla que realiza una distinción dentro del segundo grupo aquí señalado (a saber, tipificación formalmente autónoma de la tentativa de autoría) según, a efectos de la pena, se sancionen respetando la gradación prevista para la tentativa en el art. 62 CP o se equiparen a la consumación.

✍ En los *delitos de emprendimiento*<sup>54</sup>, el legislador renuncia excepcionalmente a la aplicación de la reducción prevista para los supuestos de tentativa en el art. 62 CP y

<sup>49</sup> Pues esperar a que se produzca una lesión puede ser demasiado tarde: existe un daño irreparable del objeto material protegido, o una imposibilidad de actuación penal.

<sup>50</sup> Vid. TERRADILLOS 2001: 809.

<sup>51</sup> También en esta línea se sitúan el art. 493 (invadir con fuerza violencia o intimidación las sedes del Congreso, etc.) y 495 (portando armas u otros instrumento peligrosos intentar penetrar en las sedes del Congreso, etc.), que parecen estar en una relación de tentativa acabada y modalidad de inacabada respectivamente.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 50; ídem 2001: 697; ALCÁCER 2000: 228.

<sup>53</sup> El art. 284 CP cuando castiga el intento de alterar los precios públicos no contiene ningún requisito subjetivo referido al *dolo de lesión*. Más bien parece que es el término utilizado («intentaren»), y no la intención transcendente, lo que determina que para muchos sea un delito de tentativa y no de peligro.

<sup>54</sup> Vid. FINCKE 1975: 53-58; JAKOBS, PG: 25/5; SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 48 y s.; ídem 2001: 698.

sanciona la tentativa con la pena igualmente prevista para la consumación. Los arts. 270 o 423 serían un ejemplo de ello.

✍ En los *delitos de tentativa*<sup>55</sup>, por el contrario, sí se mantiene esta atenuación en el marco punitivo típicamente descrito. Ello se observa en la relación entre el 325.1 y el 326.e (que impone una pena superior en un grado cuando «se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico»), o todavía de forma más clara en la del 354.1 (incendio forestal sin propagación, pena privativa de libertad de 6 meses a 1 año y multa de 6 a 12 meses) respecto al 352 (incendio de monte o masa forestal, pena privativa de libertad de 1 a 5 años y multa de 12 a 18 meses)<sup>56</sup>.

Los delitos de tentativa de autoría no son anticipación penal en un sentido *estricto* porque, como ya he señalado, los que son una tentativa en sentido material poseen una capacidad lesiva directa *ex ante*<sup>57</sup>. Ahora bien, la sanción autónoma de la tentativa sí plantea algunos problemas:

✍ Cuando se le asigna un marco penal idéntico al de la consumación surge la duda en torno a la posible infracción del principio de proporcionalidad y culpabilidad: es un hecho evidente respecto a los delitos de emprendimiento.

✍ Del mismo modo se plantea la cuestión sobre si es posible aplicar la teoría de la tentativa y de la participación a estos preceptos formalmente autónomos: mi opinión es que aunque sería viable no se deben utilizar ambas normativas<sup>58</sup>, pues su uso implicaría una anticipación excesiva de la intervención penal (tentativa de tentativa, participación en la tentativa).

(B) Los *delitos preparatorios* son aquellos en los que se sanciona una conducta que es una condición de una actividad delictiva (que posibilita, facilita o asegura), incapaz *per se* de lesionar o poner en peligro de forma directa el bien jurídico tutelado (materialmente no-ejecutiva)<sup>59</sup>.

(C) Los *delitos de tentativa de participación* son aquellos en los que se castiga un comportamiento que es una realización imperfecta de una forma de intervención secundaria (cooperación/complicidad o inducción).

<sup>55</sup> Vid. SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 47; ídem 2001: 697.

<sup>56</sup> Una corriente doctrinal considera que con el art. 354.1 se produce la tipificación de una forma autónoma de sanción de la tentativa (vid. al respecto la exposición de SERRANO GONZÁLEZ 1999: 131 y s.). De este modo sería un tipo atenuado en función del grado de ejecución alcanzado. Otra mantiene, por el contrario, que el incendio se consuma en el momento en que el objeto destinado a arder comienza a hacerlo de forma autónoma (más allá de la gravedad del incendio), de modo que sólo habría tentativa cuando el objeto no llega a arder por un motivo ajeno a la voluntad del autor (RUIZ RODRÍGUEZ 1997: 90 y s.; SERRANO GONZÁLEZ 1999: 130 y s.). De este modo el art. 354 recogería un supuesto de incendio consumado.

<sup>57</sup> Cuestión distinta es que las exigencias de protección del bien jurídico concreto obliguen a dar un concepto formal de tentativa (más amplio que el material) que finalmente incluya conductas que materialmente son preparaciones. En este caso, si habría un problema de anticipación. Vid. FUENTES 2003: 239 y ss.

<sup>58</sup> Mientras sean formalmente autónomos: dejan de serlo, es decir, obtienen autonomía material, cuando la misma conducta que es una tentativa respecto a un bien jurídico A, se sanciona de modo autónomo precisamente porque es una lesión consumada de otro bien jurídico B.

<sup>59</sup> De forma burda se puede distinguir entre preparación *técnica* (consistente en la obtención de los medios necesarios para la ejecución) y *organizativa* (relativa a la coordinación de las diferentes partes del plan delictivo). Vid. FUENTES 2003: 274 y ss.

(1) La preparación, en cuanto acción destinada a satisfacer exclusivamente las condiciones necesarias para comenzar la ejecución del delito, todavía no es un acto acreedor de merecimiento de pena ya que no contiene una relación de ofensividad con los bienes jurídicos penalmente tutelados: simplemente facilita una actividad delictiva, pero per se no puede conducir de forma directa a la lesión del bien jurídico, requiere siempre otra acción a la que sirve de apoyo. Por ello se ha establecido el principio general de impunidad de los actos preparatorios (así como de otras fases internas del delito: la ideación, deliberación y resolución para delinquir)<sup>60</sup>. Consiguientemente su sanción penal representa una auténtica forma de anticipación de tutela penal. No obstante, la persecución *excepcional* de la preparación es un hecho evidente. Motivos de política criminal justifican esta actitud. Por ejemplo se mantiene que la anticipación de la tutela hasta la fase preparatoria es la única forma de garantizar una protección eficaz del bien jurídico<sup>61</sup>, que la importancia del bien protegido requiere una tutela anticipada<sup>62</sup>, que es una medida encaminada a la erradicación del delito y a la acentuación de la defensa social<sup>63</sup>, que es un medio necesario para garantizar la seguridad ciudadana.

En la actualidad, el adelantamiento de la intervención penal es una de las características del *nuevo* Derecho penal creado por una política criminal orientada a hacer frente a las necesidades de control social creadas por la sociedad del riesgo y sus conflictos<sup>64</sup>. DIEZ RIPOLLÉS (2005: 5) expone con claridad estas características: predominio de las estructuras típicas de simple actividad (delitos de peligro o de lesión ideal); anticipación del momento en que se interviene penalmente (ilícitos administrativos y civiles, generalización del castigo de la prepa-

<sup>60</sup> Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO 1968: 277; LETZGUS 1972: 120; ORTS BERENGUER 1982: 484-86; FARRÉ TREPAT 1986: 139; VEHLING 1991: 1; GRACIA MARTÍN 1996: 262; REBOLLO VARGAS 1997: 17, 19; KÜHL, AT, 14/13, 15; SÁNCHEZ GARCÍA 2001: 702. A favor de una punición general de la preparación: MONTES 1929: 43; SÁNCHEZ TEJERINA 1950: 347.

<sup>61</sup> La *modernidad* ha supuesto un *rearme preventivo* (ALBRECHT 1988: 204; HERZOG 1990: 107): un ascenso de las inquietudes preventivas entendidas como minimización del riesgo de lesión mediante el aumento de la capacidad de reacción punitiva (material y procesal) ante cualquier amenaza del interés protegido. A través del adelantamiento de las barreras del Derecho penal, que así detiene la evolución de peligros en una fase muy temprana de su desarrollo, se busca una protección del bien jurídico más efectiva: cuanto más se anticipe la intervención penal menor será la posibilidad de que se lesione el bien tutelado (vid. SEELMANN 1992: 453).

<sup>62</sup> Este adelantamiento de la intervención punitiva se conecta necesariamente con la criticable mutación de la función de control que el bien jurídico ejercía hasta ahora sobre el poder punitivo del Estado. El bien jurídico ha dejado de ser un límite negativo de la actividad estatal («prohibición de punición») y se ha convertido en un criterio positivo que obliga al legislador a responder penalmente para proteger un interés digno de amparo penal frente a cualquier ataque («mandato de punición»), vid. HASSEMER 1992: 380; SCHEERER 1993: 82; PARK 1997: 138; SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 43, 74; ídem 2001: 696; MENDOZA BUERGO 2001a: 77; GRACIA MARTÍN 2003: 144 y s. El bien jurídico se ha convertido, ahora, en la referencia del deber de protección: el Estado tiene la obligación de actuar porque hay un interés digno de tutela. Deber que justifica cualquier actuación ya que el único límite es conseguir la efectiva pervivencia social del bien amparado (vid. HASSEMER 1992: 380; PARK 1997: 138; SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 44). Todo ello conduce a la superación del principio de «fragmentariedad del Derecho penal»: como es posible encontrar en todo comportamiento un indicio de peligro, se puede anticipar, sin límite, el comienzo de la actuación penal: «... ahora la libertad es fragmentaria» (SGUBBI 1998: 56).

<sup>63</sup> Vid. STS RJ 1986\1678; SAP (Almería) JUR 2003\12298.

<sup>64</sup> Sobre el Derecho penal recae un doble demanda que se vincula a dos fenómenos divergentes que (tal y como indica DIEZ RIPOLLÉS 2004: 7, n.7) se suelen confundir: «exigencia de modernización» (respuesta a nuevas formas de criminalidad que proviene principalmente de los *poderosos*), «exigencia de seguridad ciudadana» (respecto a la criminalidad clásica, de los *marginados*). Se trata en suma de dos fuentes de riesgo «radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas» (DÍEZ RIPOLLES 2005: 11).

ración)<sup>65</sup>; modificaciones en el sistema de imputación penal (interpretación laxa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos; neutralización de las diferencias entre autoría y participación, tentativa y consumación); se reduce el conjunto de garantías procesales y penales

Aunque cualquier forma de participación tendría igualmente una peligrosidad mediata (pues son conductas que no pueden conducir de forma directa a la producción del resultado) su persecución penal no ha sido puesta en duda. Curiosamente el acto de favorecer una conducta ejecutiva, hecho que para la preparación era el motivo que justificaba su impunidad general, se convierte, cuando con idéntico acto se favorece la conducta realizada por un tercero, en el motivo que fundamenta su genérica punición<sup>66</sup>: el debate sobre la anticipación se reduce en este plano a las *tentativas de participación* que son las únicas que se consideran antelación de la actividad penal en sentido estricto.

(I) Se puede afirmar sin duda que hay una anticipación de la tutela penal cuando se persiguen conductas que representan una fase del *iter criminis* de la participación anterior a su consumación. Obviamente, ello exigirá con carácter previo la adopción de un sistema dual de depuración de la responsabilidad de los intervinientes en el delito. Si nos encontramos sitos en un modelo unitario, que considera que toda aportación causal al delito es una forma de autoría, no sería necesario realizar esta precisión pues la colaboración o la inducción se convierten en una forma de autoría consumada o en una tentativa de autoría y como tal punible<sup>67</sup>, salvo que expresamente se indique lo contrario en el CP correspondiente<sup>68</sup>.

(II) Si, por el contrario, se opta por un sistema dual o diferenciador que distingue entre autoría y participación, la anticipación de la intervención penal se subordina a la definición del injusto de la participación que sea dominante<sup>69</sup>. (i) En el supuesto de que se mantenga que el injusto de la participación se consume con la práctica de la conducta de favorecimiento o con la creación de la resolución delictiva deseada con absoluta independencia de la conducta del autor principal (*sin accesoriedad estricta*), sólo se podrá hablar de anticipación cuando se permita la punición de tentativas de participación que no han conseguido el resultado primero o propio de la conducta del partícipe (por ejemplo cuando el inductor no ha conseguido crear la resolución). Incluso si la punibilidad se hace depender de la conducta principal (*accesoriedad estricta formal*) no habría anticipación cuando en ciertos casos se sancionen comportamientos sin que concurra esa conducta principal, y ello porque según este planteamiento el núcleo del injusto del partícipe viene subordinado exclusivamente al resultado de la participación y no a un comportamiento posterior dotado de unas características normativas concretas

<sup>65</sup> De forma extrema se aprecia en la construcción del «Derecho penal del enemigo»: el Derecho penal no reacciona frente a la conducta lesiva o potencialmente lesiva de un sujeto sino con motivo de la peligrosidad que demuestra. Así, con la intención de evitar el peligro (su conducta amenaza la comisión futura de delitos) que representan ciertos tipos de delinquentes se anticipa a la intervención penal: especialmente concentrada en la fase preparatoria, JAKOBS 2003: 40-43.

<sup>66</sup> Desde una perspectiva *ex post* no existe el principio de impunidad de la preparación. Las conductas con una peligrosidad mediata una vez cometido el delito siempre son sancionadas. En el caso de la preparación lo que sucede es que al formar una unidad de acción su desvalor es asumido por la última conducta realizada. Ello no sucede con la participación pues como no concurre una identidad en la persona (autor/colaborador) se sanciona a uno como autor y a otro como partícipe.

<sup>67</sup> El inductor o el cómplice (autores mediatos según un sistema unitario funcional) son autores cuando consuman su aportación y, hasta ese momento, se encuentran en una fase de tentativa. El límite entre la tentativa y la consumación se halla en la realización del resultado intermedio (de la participación) por el autor mediato.

<sup>68</sup> Vid. en ese sentido el § 15 öStGB (CP Austríaco) y la explicación de FUENTES 2003: 448 y ss.

<sup>69</sup> O dicho de otro modo: dependerá del concepto de «accesoriedad» dominante.

que sólo ha condicionado su punibilidad y no su injusto. (ii) Distinto es el caso cuando se defiende que una parte del injusto del partícipe está subordinada a un comportamiento principal (*accessoriedad estricta material*). La sanción tanto de las formas de participación que no hayan alcanzado el resultado primero como de aquellas otras que no vayan seguidas del segundo (la realización por parte del autor principal de un comportamiento con unas características normativas concretas) representará una antelación de la tutela penal. A su vez, según las exigencias de tipo normativo que tenga que reunir la acción principal habrá una reducción o una ampliación del ámbito de la anticipación, pues será más fácil o complicada respectivamente la consumación del injusto de la participación. Por ejemplo, cuando se defiende una *accessoriedad estricta material* máxima, la tentativa de participación (y por tanto los supuestos de antelación de la tutela) se extiende hasta que concurre un autor principal culpable: la consumación de la conducta del partícipe se difiere hasta que no haya una conducta típica, antijurídica y culpable del autor principal.

Tampoco las formas imperfectas de la participación son un límite insalvable de la intervención penal: se buscan enrevesados criterios capaces de justificar su aparición en el CP. La mayoría de los intentos que buscan fundamentar la existencia de una peligrosidad penalmente relevante en ciertas formas de tentativas de participación se apoyan en la reunión de personas en torno a un plan criminal<sup>70</sup>: la comunicación de la intención criminal ayuda a superar los reparos de un sujeto al tiempo que genera vínculos y obligaciones recíprocas<sup>71</sup>. Favorece la aparición de una interdependencia funcional que hace viable el desarrollo de un plan criminal que no se puede ejecutar de forma aislada<sup>72</sup>. El más convincente de los argumentos es aquel que considera que implican el inicio de un proceso causal autónomo e impredecible: suponen la *pérdida del dominio del hecho*<sup>73</sup>. Ahora bien, que pueda haber una falta de control sobre la posterior actividad delictiva de un tercero no puede ocultar que para que tenga lugar el resultado siempre es necesaria otra intervención (la del autor principal). En suma, aunque objetivamente intentan basarse en la existencia de un *plus* de peligrosidad (en esa conducta ya escasamente peligrosa en relación con la conducta ejecutiva material) en realidad sólo enmascaran criterios subjetivos de punición. Se sanciona por la intención manifestada, lo que implica la inclusión de un criterio ético-moral: no se soporta que alguien quiera intervenir en una actividad delictiva.

Quizá las necesidades de protección exijan que el injusto originario también incluya conductas que simplemente son adecuadas para facilitar una actividad lesiva. Lo que no se puede aceptar es que ciertas formas de tentativas de participación tengan la misma sanción que la tentativa de autoría<sup>74</sup>, ni que la preparación posea el mismo marco punitivo que fases superiores del *iter criminis*<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> Vid. REBOLLO VARGAS 1997: 97; SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 60; ídem 2001: 703; MIRA BENAVENT 2001: 529; ROXIN, AT II: 28/5.

<sup>71</sup> Vid. SCHRÖDER 1967: 289; ROXIN, LK: 30/3, 10.

<sup>72</sup> Vid. RUIZ ANTÓN 1982: 75-79, 86 y s.; BARBER 2004: 115 y s.

<sup>73</sup> Vid. ROXIN, LK: 30/3, 10; ídem, AT II: 28/5; DEL ROSAL BLASCO 1986: 246; MIRA BENAVENT 2001: 529 y s.; BARBER 2004: 115 y s.

<sup>74</sup> La equiparación punitiva del inductor y el cooperador necesario introduce un sistema unitario de *facto* sin los mecanismos correctivos propios de este último: rebaja de la pena por la diferencia cuantitativa, que según este sistema, existe entre los comportamientos en cuestión (vid. GÓMEZ BENÍTEZ, PG: 119). DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO (1991: 85 y s., 189-193) y FEIJOÓ (1999: 64, n. 10) consideran, no obstante, que la identidad punitiva de autor e inductor no representa la asunción de un concepto unitario: la cuantía de la pena es una



(2) Los delitos preparatorios y los delitos de tentativas de participación se encuentran vinculados de modo que en un mismo tipo se pueden recoger ambas formas. Ello se debe a que en un sistema dual de responsabilidad de la intervención una conducta que objetivamente favorece una actuación delictiva puede ser una preparación o una participación. Esa relación es tan estrecha que en ocasiones no existe acuerdo a la hora de interpretar si la forma de anticipación obedece a la preparación o la tentativa de participación. La decisión a favor de una u otra depende del grado en que coincida en una misma persona la realización de esa conducta condicional y la práctica de la conducta típica principal. Si efectivamente hay una coincidencia hablaremos de preparación, si intervienen sujetos distintos habrá una participación. En suma, la diferencia entre preparación y participación reside principalmente (salvando las peculiaridades que tiene la inducción<sup>76</sup>) en cuál sea el beneficiado de la actividad de favorecimiento del delito (facilitación del hecho propio –preparación–, del hecho ajeno –participación–<sup>77</sup>).

En fases tan tempranas del proceso delictivo no se puede distinguir si se persigue una preparación del delito o una tentativa de participación: normalmente hay una evidente complejidad para determinar cuál sea el beneficiado de la acción (aparte de eso, la descripción típica no se vincula con el elemento «sujeto beneficiado»). El art. 400 CP castiga «la fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas...» destinadas a la comisión de delitos de falsificación. Aunque parezca que con ello se persiguen formas de preparación relativas a esos delitos, en las que un sujeto se pertrecha de los instrumentos requeridos para efectuar un actividad delictiva concreta, en la práctica también se puede estar sancionando al sujeto que quiere facilitar la conducta delictiva de un tercero, lo que ya sería una forma imperfecta de la complicidad. Del mismo modo un tipo que parece que se refiere exclusivamente a una participación intentada puede incluir también formas de preparación. Así sucede con el art. 576 CP, que castiga la colaboración con banda armada. En este caso, puede ser que la actividad del colaborador facilite el acto terrorista realizado por un tercero, pero también es posible que pretenda con posterioridad cometer por sí mismo esa actividad terrorista.

Más compleja es la discusión en torno a la naturaleza de las conductas recogidas en los arts. 17 y s. CP. Aunque la doctrina las ha denominado tradicionalmente *actos*

decisión político criminal que no determina necesariamente la concepción de autoría dominante. No estoy de acuerdo con esta afirmación: una cosa es la justificación de esta identidad por motivos de política criminal, y otra olvidar que si un sistema dual se basa en la diferencia en el injusto que hay entre el autor y el partícipe es incoherente mantener que un sujeto que tiene un injusto cualitativamente distinto al autor y efectúa una aportación cualitativamente distinta a la del autor principal pueda ser castigado con la misma pena que éste. Dicha identidad representa, entonces, o una infracción del principio de proporcionalidad o realmente se apoya en una idea de injusto cualitativamente idéntico (si se puede encontrar una forma de justificar esa equiparación es que en realidad no hay ninguna diferencia cualitativa).

<sup>75</sup> El CP de 1944 eleva la punición de los «actos preparatorios punibles» (proposición conspiración provocación) hasta quedar al nivel de la tentativa, vid. MIR PUIG 2002: 13/29.

<sup>76</sup> La actividad de favorecimiento de la inducción consiste en que a través de la incitación que la define se puede obtener el instrumento humano necesario para el desarrollo del plan delictivo propio o ajeno, vid. FUENTES 2003: 315 y ss.

<sup>77</sup> Vid. FUENTES 2003: 315 y ss.



*preparatorios punibles* el análisis de la naturaleza concreta de cada comportamiento determinaba la configuración de los mismos como tentativas de inducción (sobre todo la provocación, apología y proposición). No obstante, esto dejaba sin resolver el problema ya que sería igualmente posible interpretar estos preceptos como formas de preparación (especialmente la conspiración), e incluso como lesiones consumadas cuando se les otorga un bien jurídico autónomo (lo que es una práctica común en la provocación y apología).

En concreto, se puede defender que los llamados «actos preparatorios punibles» son:

✍ Formas de autoría (intentadas o consumadas). Ora mediante el sistema unitario de autor, ora mediante la creación de un bien jurídico específico o la abstracción de uno ya existente.

✍ Resoluciones manifestadas verbales próximas a la preparación.

✍ Formas de participación intentada.

✍ Formas de preparación.

✍ Fases previas (pre-ejecutivas) de la autoría y de la participación en el delito. Bien, porque se defiende que algunas de estas figuras son fases pre-ejecutivas de la autoría (por ejemplo la conspiración), mientras que otras son fases pre-ejecutivas de la participación (p.e. la provocación). Bien, porque se afirma que una misma figura se puede referir, cuando hay una variación en alguno de sus elementos (p.e. que el sujeto que incita esté o no resuelto a cometer por sí mismo el delito), tanto a una fase pre-ejecutiva de la autoría (por ejemplo la proposición a la coautoría) como a una fase pre-ejecutiva de la participación (p.e. la proposición a la autoría).

### 1.1. *Formas de punición de las conductas preparatorias*

Las conductas preparatorias (y participativas intentadas) en un sentido estricto pueden ser castigadas de dos formas<sup>78</sup>:

(1) La **extensión no autónoma** del alcance del tipo penal<sup>79</sup>. En estos casos los artículos que sancionan formas de preparación son causas de extensión del alcance del tipo.

(a) *Prohibición genérica de la preparación*. El CP vigente no ha previsto en la parte general un precepto que determine la punición de la preparación de forma parecida a como se hace con la tentativa. No obstante, sí existen ejemplos de ello en derecho

<sup>78</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO 1986; ZACZYK 1999: 22/4; FINCKE 1975: 43 y s.; RUDOLPHI, SK: vor 22/3; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT: 39/22-28; JESCHEK/WEIGEND, AT: 523 y s (estos dos últimos autores incluyen como tercer supuesto la *Gemeinschaftliche Verbrechensvorbereitung als vorweggenommene Teilnahme* o «preparación conjunta del delito como participación anticipada»); BARBER 2004: 91 y ss. NEUHAUS (1993: 23-25) distingue entre actos preparatorios *tipificados* y *no tipificados*. En esta clasificación parece que el grupo *no tipificado* incluye supuestos de extensión del tipo penal hasta la preparación, mientras que el grupo *tipificado* se conecta con los supuestos en los que se crea un tipo autónomo. No me parece acertada esta clasificación. Es evidente que la punición autónoma siempre se recoge en un tipo y siempre será *tipificada*. Ahora bien, la punición no autónoma tiene que venir igualmente recogida en un tipo (ora en la parte general, ora como cláusula final de un capítulo) si no se quiere infringir el principio de legalidad, por lo tanto no existe ninguna preparación punible que no sea típica.

<sup>79</sup> Vid. RUDOLPHI, SK, vor 22/3; BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT: 110; KÜHL, AT: 465 y s.; ZACZYK 1999: 22/4; SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 58.

comparado: § 21 StGB de la extinta RDA, el artículo 21.1 del Código penal danés de 1930, o los artículos 29 y s. del Código penal de la Federación rusa de 1996.

(b) *Extensión del tipo respecto a conductas preparatorias concretas*. Estas a su vez se podían castigar de *manera generalizada* para cualquier comportamiento tipificado<sup>80</sup> o a través de un sistema de *numerus clausus*: sólo para unos delitos concretos o para una clase de delitos.

En España se establece la punición no autónoma de las conductas incluidas en los arts. 17 y s. CP para un grupo cerrado de delitos<sup>81</sup>. El legislador español lleva a cabo la conexión con los delitos de la Parte especial de tres modos<sup>82</sup>: se refiere a delitos concretos<sup>83</sup> (arts. 269, 477, 519, 548); a preceptos concretos<sup>84</sup> (arts. 141, 151, 304, 373, 488, 553, 578, 585); a un Capítulo o Título completo del CP (arts. 168, 615)<sup>85</sup>.

Este sistema genera algunas dificultades<sup>86</sup>:

✗ Posibilidad de sancionar la proposición, conspiración, etc. con relación a conductas de escasa gravedad. La amplitud del recurso al *título o capítulo* (que incluye diferentes clases e intensidades de ataque al bien jurídico protegido) y la inseguridad que puede generar que ciertas expresiones («robo», «rebelión», etc.) admitan varias exégesis (que aumentan o reducen el número de preceptos de referencia).

✗ Falta de aplicación respecto a ciertos bienes (p.e. la tortura o las agresiones sexuales) y dudosa legitimación de la previsión de su uso en lo que atañe a otros bienes (p.e. patrimonio).

Como solución se propone:

✗ Crear un sistema de incriminación general de las conductas recogidas en los arts. 17 y s. CP: (I) sólo para los delitos graves<sup>87</sup> o únicamente para los delitos que tengan una pena de prisión superior a X años<sup>88</sup>.

✗ Selección de delitos tipo por tipo y sólo para las formas de ataque más grave a los bienes jurídicos más relevantes<sup>89</sup>.

También conviene reparar en el supuesto previsto en el art. 400 CP que, al vincularse con «los delitos descritos en los capítulos anteriores», y al establecer que se «castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores»<sup>90</sup>, está llevando a cabo una

<sup>80</sup> Esta opción suele implicar una mayor extensión de la anticipación (se ha identificado históricamente con políticas-criminales más represivas).

<sup>81</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO 1986: 195 y ss.; CAMPO MORENO 2000: 30; BARBER 2004: 91 y ss., 136 y ss (que señala, con razón, que el número de delitos que admiten la aplicación de estas figuras pone en duda que su uso sea «excepcional», 2004: 85).

<sup>82</sup> Sigo en la exposición a BARBER 2004: 91 y ss.

<sup>83</sup> P.e.: «la provocación (...) para cometer rebelión serán castigadas (...)», art. 477 CP.

<sup>84</sup> P.e.: «la provocación (...) para cometer los delitos previstos en los arts. 368 al 372 (...)», art. 373 CP.

<sup>85</sup> P.e.: «la provocación (...) para cometer los delitos previstos en este Capítulo (...)», art. 168 CP.

<sup>86</sup> Vid. BARBER 2004: 144 y ss.

<sup>87</sup> SILVA SÁNCHEZ 1997a: 149 y ss., 153.

<sup>88</sup> SILVA SÁNCHEZ, ibídem; BARBER 2004: 157: pero siempre que el número de años de esta pena privativa de libertad sea superior al fijado para las penas graves.

<sup>89</sup> BARBER 2004: 96 y s., 157.

<sup>90</sup> Sin embargo, su homólogo en Alemania (§ 149 StGB) prevé una pena privativa de libertad de hasta dos años o multa para todos los supuestos menos para la falsificación de moneda, en cuyo caso, se eleva hasta 5 años o multa.

extensión no autónoma del tipo, aunque sólo sea cuando se realice una preparación concreta.

El carácter no autónomo del tipo impide la posibilidad de la aplicación de la teoría de la tentativa y de la participación<sup>91</sup>.

Cuando el autor realice la forma intentada o consumada del delito principal, o cuando la participación se consume porque un tercero lleve a cabo una conducta que satisfaga los requisitos de la accesoriedad cuantitativa y cualitativa, entonces sólo se castigará por la mayor de ellas que absorberá la conducta realizada (subsidiariedad tácita/consumción), fase previa de la autoría o de la participación<sup>92</sup>; por la tentativa o consumación del delito, o por la participación consumada respectivamente.

(2) A través de la *tipificación autónoma*<sup>93</sup> de una forma de preparación (o de una tentativa de participación).

(a) *Prohibición genérica de la preparación*: represión de toda forma de preparación relativa a un bien jurídico<sup>94</sup>. Por ejemplo, la sanción de todo acto de colaboración con banda armada (art. 576 CP). Dentro de este grupo incluyen algunos autores la persecución de la conspiración, proposición y provocación<sup>95</sup>. No considero que sea correcta esta afirmación porque esos tipos no son formalmente autónomos: se tiene que vincular el precepto con otros tipos para poder establecer la sanción que le corresponde. En el caso de las conductas recogidas en los artículos 17 y s. CP es evidente que existe una unión necesaria con un tipo de la parte especial (incluido dentro del grupo cerrado fijado por el legislador) que permite la persecución de estas conductas en relación con unos delitos concretos.

(b) *Persecución de una preparación concreta* (técnica u organizativa) de entre todas las posibles. Se sanciona en un tipo una determinada acción preparatoria que contiene una especial peligrosidad y una fisonomía típica<sup>96</sup>. Por ejemplo, la utilización de la

<sup>91</sup> Vid. MIR PUIG 1973: 374 y s.; ídem 2002: 13/32; FINCKE 1975: 42; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT: 39/27; 40 /82; ESER, *Sch/Sch*, 22/29; RUDOLPHI, SK: vor 22/3; CUELLO CONTRERAS 1978: 47-51; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, PG: 425 y s.; DEL ROSAL BLASCO 1986: 160-65; DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO 1995: 1520.

<sup>92</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, PG: 585; RUDOLPHI, SK: vor 22/3. No obstante, se pueden encontrar planteamientos que admiten excepciones (RUDOLPHI, SK, vor 22/3; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT: 53/44 y s.; CRAMER, *Sch/Sch*: 30/38): hay un concurso de delitos cuando la preparación sea más amplia que el delito intentado o consumado, es decir, que pueda ser preparatoria de una pluralidad de delitos y en ese sentido afecte a diversos bienes jurídicos, tal y como sucede con las preparaciones recogidas en el § 30. Argumento que no comparto porque como toda conducta preparatoria, en principio, puede estar orientada a la preparación de diversos delitos, ello conduciría a la posibilidad de permitir la existencia de un concurso de delitos en todos los supuestos en los cuales no se conozca el plan del autor. Motivos de justicia material (la necesaria consumción del comportamiento dentro de sus fases superiores del *iter criminis*: se debe castigar únicamente por la mayor afectación del bien jurídico producida si no se quiere infringir el principio del *non bis in idem*) y político-criminales (mayor seguridad jurídica, evitación de la arbitrariedad) aconsejan negar la posibilidad de concurrencia en concurso de tipos preparatorios y sus formas superiores del *iter criminis* del delito/s de referencia.

<sup>93</sup> Debo aclarar que no es lo mismo considerar que la tentativa de participación o una preparación puede ser una forma de autoría si se crea un bien jurídico que puede lesionar (autonomía material), que defender que el tipo/s que regule supuestos de preparación o de tentativas de participación sea autónomo en un sentido formal.

<sup>94</sup> Vid. JAKOBS, PG, 25/9.

<sup>95</sup> Vid. LETZGUS 1972: 121; SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 59 y s.; ídem 2001: 703.

<sup>96</sup> Vid. LETZGUS 1972: 121; NEUHAUS 1993: 25; RUDOLPHI, SK: vor 22/4; SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 58 y s.

ingeniería humana para la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana (160.1)<sup>97</sup>; la solicitud de favores de naturaleza sexual prevaleciendo de una situación de superioridad sexual, docente o análoga (art. 184 CP)<sup>98</sup>; la realización de actos de exhibición obscena (185)<sup>99</sup>; la fabricación, introducción, distribución o posesión de programas de ordenador (art. 248.3, 270.3 CP); actividades de creación y acondicionamiento de depósitos de vertederos (art. 328 CP)<sup>100</sup>; la tenencia de productos para la fabricación de drogas (371 CP); destrucción o inutilización de los medios establecidos para impedir acceso a documentos restringidos (414 CP); reuniones, manifestaciones y asociaciones ilícitas (513-516 CP); la obtención y posesión de un arma de fuego (563 y s CP) o la tenencia de explosivos sin la pertinente licencia administrativa (568 CP)<sup>101</sup>; colaboración con banda armada a través de la fabricación, depósito, transporte, etc. de armas, municiones, explosivos, componentes, etc. (573 CP); procurar, falsear, inutilizar o revelar información reservada o secreta (584 CP); también se incluirían en este grupo las concretas tentativas de participación previstas en el Código: inducción al suicidio (143.1 CP); cooperación necesaria al suicidio (143.2 CP); reclamar públicamente la comisión de acciones violentas por bandas armadas u organizaciones terroristas (170.2 CP); inducción a la prostitución (187.1); inducción a un menor de edad o incapaz a abandonar el domicilio (224 CP); cooperación de funcionario en delitos contra la ordenación del territorio (320 CP), contra el patrimonio histórico y artístico (322 CP), contra el medio ambiente (329 CP); inducción a la prevaricación (428 y 429)<sup>102</sup>; inducción a la rebelión (473 CP); provocación a la discriminación o al odio o violencia racial (510.1 CP); inducción a la sedición (545

<sup>97</sup> Vid. VALLE/TAMARIT 2005: 165.

<sup>98</sup> Sobre esta última forma de preparación vid. GRACIA MARTÍN 1996: 263. No obstante, en este punto también puede considerarse que más que una preparación sea una forma de tentativa de abuso sexual por prevalimiento.

<sup>99</sup> La exhibición obscena puede ser una fase previa a la agresión o al abuso sexual.

<sup>100</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI 1998: 298 y ss.

<sup>101</sup> La posesión de armas sólo será una preparación o una tentativa de participación cuando no se considere que posee un bien jurídico autónomo colectivo (p.e. el orden público). El contenido del bien jurídico determina el alcance del injusto penal, de modo que una misma acción, en función del objeto material protegido puede ser considerada como una lesión o una puesta en peligro (vid. FINCKE 1975: 42; ACALE SÁNCHEZ 2000: 185; MENDOZA BUERGO 2001b: 10). Con un ejemplo. Un mismo comportamiento, la tenencia de armas sin cumplir los requisitos administrativos pertinentes (art. 563 CP), puede tener como bien jurídico de referencia un bien jurídico individual: la propiedad, la integridad física, etc., o un bien jurídico colectivo, a saber, el orden público, tal y como se indica al comienzo del título XXII en el que se integra este artículo. El bien jurídico de referencia nos va a indicar si un tipo penal representa una anticipación de tutela penal. Si en ese ejemplo se defiende que se protege un bien jurídico individual, hay una anticipación de la tutela penal, ya que se persiguen comportamientos que no lesionan el bien jurídico, ni *ex ante* manifiestan una capacidad lesiva suficiente. En cambio, la conexión con un bien jurídico colectivo impide que haya una anticipación penal porque el comportamiento representa una lesión de ese bien jurídico autónomo que se le atribuye, con independencia de la relación que pueda tener con otros intereses individuales trascendentes. No obstante, en estos supuestos si bien no habría en sentido estricto anticipación penal, sigue presente un problema político criminal: precisar si existe semejante bien jurídico colectivo (que merezca tutela penal), y si es así fijar sus contornos.

<sup>102</sup> El tráfico de influencias supone la sanción de supuestos de inducción a la prevaricación tanto intentada como consumada (ya que cuando se produce la resolución injusta y arbitraria del funcionario el incitador es castigado de forma privilegiada por el art. 428 y no por inducción al 404). El art. 430 va más allá en la anticipación: proposición a la inducción a la prevaricación, lo que según la naturaleza que se defiende que posee la proposición puede entenderse bien como una inducción a la intervención en una inducción delictiva, bien como una preparación de una inducción delictiva.

CP); apología del terrorismo (578 CP); inducción a una potencia extranjera a declarar la guerra contra España (581 CP); inducción a la desertión (582.2 CP); apología del genocidio (607.2 CP).

E igualmente los supuestos en los que la preparación (o tentativas de participación) son abarcadas por un tipo omnicompreensivo, que incluye todo el *iter criminis*, como formas de consumación. Por ejemplo los arts. 313 y 318 bis.1 CP (promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina), 368 CP (actos de *cultivo*, elaboración, *posesión* de drogas tóxicas o la punición de cualquier conducta que promueva, favorezca o facilite su consumo ilegal).

Algunos autores consideran que la consecuencia de una punición autónoma será la admisión de la posibilidad de la participación en tales delitos<sup>103</sup> o de sus formas imperfectas de ejecución<sup>104</sup>. Sin embargo, otros opinan que, aunque en algunas ocasiones sería admisible una tentativa punible, no se castigará porque al tener la punición de la preparación un carácter excepcional se tiene que llevar a cabo una interpretación restrictiva del tipo<sup>105</sup>, que alcanza por consiguiente sólo a la conducta consumada. En definitiva, se indica acertadamente que en aquellos supuestos de punición formalmente autónoma de la preparación, casos anómalos por la escasa relevancia objetiva de la conducta, se debe evitar el recurso a normativas (tentativa, participación) que retrasan la intervención penal, ya excepcionalmente adelantada con la creación de semejantes tipos (dicho de otro modo: su uso provocaría una anticipación de la anticipación penal)<sup>106</sup>.

En lo que respecta a los posibles concursos de delitos que surgen cuando se efectúan formas de preparación autónomamente tipificadas y luego se continúa con la actividad delictiva hasta alcanzar fases ejecutivas del mismo *iter criminis*, entiendo que hay que resolver los supuestos en que concurren delitos relativos a fases sucesivas de ataque a un mismo bien jurídico mediante un concurso de leyes<sup>107</sup>, en concreto a través del principio de consunción o de subsidiariedad tácita. Aunque el legislador haya decidido crear un delito de preparación o de tentativa de participación autónomo en un sentido formal ello no implica necesariamente que haya un hecho preparatorio punible independiente de proceso delictivo desarrollado. Ambos están en la escala del *iter criminis* del hecho principal o secundario (o del partícipe) de un mismo bien jurídico protegido. De modo que si la conducta principal es realizada por el mismo autor del

<sup>103</sup> Vid. DEL ROSAL BLASCO 1986: 161 y s.; JAKOBS, *PG*: 25/10.

<sup>104</sup> Vid. JESCHEK/WEIGEND, *AT*: 524; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*: 39/27; RUDOLPHI, *SK*: vor 22/4; ESER, *Sch/Sch*: vor 22/28; FINCKE 1975: 46; GRACIA MARTÍN 1996. En contra SCHMIDHÄUSER (AT 75, 15/4-11) que defiende que cuando un delito de consumación formal abarca lo que materialmente es una preparación no se puede crear un delito de tentativa (concepto jurídico autónomo determinado por una conducta que no tiene que formar parte del delito acabado).

<sup>105</sup> Vid. SONNEN/HANSEN-SIEDLER 1988: 18; SCHULTZ 1990: 83.

<sup>106</sup> No obstante, una discusión sobre la posibilidad de punición de las formas imperfectas de preparación *suí generis* puede carecer de sentido pues en numerosas ocasiones el tipo autónomo incluye como auténtica consumación todas sus formas de preparación o de tentativa, vid. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*: 39/27. Igualmente, ASÚA BATARRITA 1998: 1644: «en un tipo de peligro abstracto, la dificultad de apreciar una tentativa no deriva de una proposición axiomática, sino de la dificultad de separar actos de ejecución que no supongan ya probabilidad de un riesgo para el bien jurídico».

<sup>107</sup> Vid. GRACIA MARTÍN 1996: 263; OLMEDO 1999: 314; GÓMEZ MARTÍN 2002: 11...

delito preparatorio entonces será sancionado por el delito intentado o consumado. Si esa conducta principal es efectuada por un tercero en principio habría que sancionar al autor de la tentativa de participación por la participación consumada (según las reglas previstas en la Parte General), a no ser que exista un elemento que defina por especificidad a esa tentativa de participación, como sucede en cooperación de funcionario en delitos contra el medio ambiente (329 CP), o no se cumpla algún requisito que impida sancionar la conducta como participación consumada (p.e. cuando falte la relación de causalidad entre el resultado primero y segundo de la participación). Esa consunción no acontecerá, en cambio, cuando haya un delito autónomo material porque se estarían atacando diferentes bienes jurídicos. Por ejemplo, si se considera que la tenencia de armas prohibidas posee un bien jurídico autónomo, el orden público, y que por tanto no se sanciona esa tenencia por ser la preparación de otro posible delito, habrá un concurso real (o ideal si se considera que hay una unidad de acción) de delitos cuando concurra con comportamiento delictivo vinculada al posterior uso de esa arma<sup>108</sup>.

## 2. La antelación en función del juicio de peligro.

El segundo grupo en que se pueden ordenar las formas de anticipación de la tutela penal atiende al grado de peligro inherente al comportamiento en relación con el bien jurídico de referencia tutelado. Tradicionalmente se ha distinguido entre delitos de peligro concreto y abstracto<sup>109</sup>:

(1) Delitos de peligro concreto: no es necesario una lesión del bien jurídico, que sí es puesto en peligro en el supuesto concreto<sup>110</sup>.

(2) Delitos de peligro abstracto: capaces de crear una situación de peligro concreto. Su punibilidad se deduce, por ejemplo, de «la peligrosidad general para el bien jurídico protegido que posee la conducta típica»<sup>111</sup>.

Entre ambos existe una diferencia en función del grado de determinación del peligro exigido. En los delitos de peligro concreto la creación del peligro es un elemento típico, en cambio, los delitos de peligro abstracto no requieren el resultado de peligro sino que basta con la realización de la conducta descrita para consumarlos<sup>112</sup>. A partir

<sup>108</sup> Sin embargo, cuando simplemente hay una autonomía formal, aunque existan dos acciones distintas con dos resultados típicos diferentes, ello no da lugar a la apreciación de un concurso real de delitos (Como proponen MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT: 39/29 y s.; GRACIA MARTÍN 1996: 263 y s) porque la conducta consumada posterior sí absorbe el desvalor del acto preparatorio típico.

<sup>109</sup> Vid. SCHRÖDER 1970: 308-312; BREHM 1973: 9; HORN 1973: 20; SCHÜNEMANN 1975: 793; SCHMIDHÄUSER, AT75: 8/41 y s.; JAKOBS, PG: 6/78 y s., 86; JESCHEK/WEIGEND, AT: 263 y s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT: 20/31; STRATENWERTH, AT: 8/14; WESSELS/BEUKEL, AT: marg. 27; WOHLERS 2000: 281; MENDOZA BUERGO 2001a.

<sup>110</sup> Vid. BERZ 1986: 55; HORN/HOYER 1987: 965; GEPPERT 1989: 418; ROXIN, AT I: 2/23; ZIESCHANG 1998: 15; WESSELS/BEUKEL, AT: marg. 28; QUINTERO OLIVARES, PG: 334; BUSTOS/HORMAZABAL, *Lecciones II*: 43, 108.

<sup>111</sup> BREHM 1976: 22; MATA Y MARTÍN 1997: 52; WESSELS/BEUKEL, AT: marg. 29; WOHLERS 2000: 281.

<sup>112</sup> Vid. VOLZ 1968: 17 y s.; HORN 1973: 20; BREHM 1973: 9; ídem, 1976: 22; SCHÜNEMANN 1975: 793; WOLTER 1981: 277; BOHNERT 1984: 182; GEPPERT 1989: 418; MÉNDEZ RODRÍGUEZ 1993: 211-14; RODRÍGUEZ MONTAÑES 1994: 14; MAQUEDA ABREU 1994: 490; ROXIN AT: 2/25, 10/123, 11/121, 127; MATA Y MARTÍN 1997: 52 y s.; BUSTOS/HORMAZABAL, *Lecciones II*: 43, 108; SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 39; ídem 2001: 693; WOHLERS 2000: 281 y s.; MENDOZA BUERGO 2001a: 79; CUESTA PASTOR



de esta clasificación de los delitos de peligro se sostiene que sólo hay una anticipación de tutela penal en los delitos de peligro abstracto<sup>113</sup>, los cuales, además son el elemento característico de un Derecho penal moderno que persigue la máxima eficacia en la protección del bien jurídico<sup>114</sup>.

Ahora bien, este planteamiento, en lo que respecta a la anticipación de la tutela penal, representa una simplificación del problema. Ello se debe a que oculta, por un lado, que en ciertas ocasiones en los delitos de peligro abstracto puede que no haya una anticipación de la tutela penal. Por otro que, cuando ésta concorra, puede suceder que se reúnan bajo el título *delitos de peligro abstracto* diversas formas de anticipación de la tutela. Cuando se toma como punto de partida el predominio de una concepción del injusto originario entendido como lesión o puesta en peligro a través de una conducta con una capacidad lesiva directa suficiente *ex ante*, dentro de los delitos de peligro abstracto se puede estar incluyendo una pluralidad de conductas: unas se posicionan muy próximas al núcleo del injusto, otras se van alejando de forma progresiva.

Y es que el concepto de concreta o abstracta puesta en peligro del bien jurídico sólo hace hincapié en la plasmación de la clase de peligro que contiene la acción prohibida. El binomio peligro abstracto/concreto distingue delitos de peligro en función del grado de determinación en el caso concreto del peligro exigido típicamente: según el resultado de peligro sea un elemento constitutivo del tipo o que simplemente baste con la realización de la conducta descrita para consumarlo<sup>115</sup>. Sin embargo, ello no condiciona ni la clase, ni el grado de peligro que contiene la conducta típica. Así en la mayoría de las ocasiones se sostiene que los delitos de peligro concreto sancionan comportamientos con una capacidad lesiva directa *ex ante* que han creado un resultado concreto de peligro que los sitúa muy próximos a los delitos de lesión<sup>116</sup>. Definido de este modo el concepto de peligro concreto, no habría inconveniente para sostener que no hay anticipación de la tutela penal en estos casos. Ahora bien, los delitos de peligro abstracto son cajones de sastre<sup>117</sup>: desde una perspectiva *ex ante* recogen conductas (I) que no son en absoluto peligrosas, (II) que tienen una peligrosidad directa (suficiente en unos casos, insignificante en otros), (III) que poseen una peligrosidad mediata (sólo son capaces de facilitar la realización de otra actividad delictiva).

2002: 71; MIR PUIG 2002: 9/61; QUINTERO OLIVARES, *PG*: 334. En contra MARTIN (1989: 85) que considera que en los delitos de peligro abstracto tiene que haber un resultado de peligro; en ese sentido vid. HORN/HOYER 1987: 966 y s.; KRATZSCH 1987: 362; WESSELS/BEUKEL, *AT*: marg. 28 y s.

<sup>113</sup> Vid. SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 19; ídem 2001: 693.

<sup>114</sup> Vid. HASSEMER 1992: 381, MÜLLER-DIETZ 1996: 677; PARK 1997: 130, 132; FREHSEE 1997: 16; ALBRECHT, *Kr*: 74; SILVA SÁNCHEZ 1999b: 35; BUSTOS/HORMAZABAL, *Lecciones II*: 111; SÁNCHEZ GARCÍA 2001: 693.

<sup>115</sup> MENDOZA BUERGO (2001b: 31 y s) considera que la «(...) diferencia entre el peligro concreto y el peligro abstracto no tiene que ver (...) con un mayor o menor grado de peligrosidad o de probabilidad de lesión (...) Las conductas tipificadas en los delitos de peligro abstracto no pueden ser consideradas menos peligrosas que las previstas en delitos de peligro concreto; por el contrario, la diferencia estriba en si, de acuerdo con la descripción típica correspondiente, ha de constatarse en el caso individual que el comportamiento ha sido *en concreto peligroso*, es decir, si ha producido una concreta situación de peligro para el bien jurídico protegido –conforme a un enjuiciamiento *ex post*–, o si sólo es necesaria una consideración, conforme a un juicio *ex ante*, de la peligrosidad de la conducta». Vid. también TERRADILLOS 2001: 799 y s.

<sup>116</sup> Vid. WOHLERS 2000: 285 y s.

<sup>117</sup> Vid. TERRADILLOS 2001; HEFENDEHL 2002: 7.



La incapacidad inicial que tiene este criterio de ordenación para distinguir entre conductas con diferentes clases y grados de peligro explica la actual tendencia a redefinir las categorías tradicionales de delitos de peligro<sup>118</sup>. Inclination especialmente intensa en los delitos de peligro abstracto, dentro de los que se distinguen nuevas subcategorías, algunas de las cuales se denominan expresamente *actos preparatorios*<sup>119</sup>. Con motivo de la aparición de los actos preparatorios como especie de los delitos de peligro abstracto hablaré en próximas páginas de los nuevos planteamientos que han surgido. En cualquier caso, estos esfuerzos de las «posturas diferenciadoras»<sup>120</sup> manifiestan un aumento de la preocupación por la extensión del delito de peligro abstracto, especialmente porque el concepto de peligrosidad ya de por sí indeterminado alcanza su grado máximo de abstracción en los supuestos de preparación<sup>121</sup>.

Los delitos de peligro abstracto recogen conductas con diferente clase y grado de peligro:

(1) Se pueden encontrar conductas que no poseen peligrosidad alguna: ciertas formas de «(...) penalización de la desobediencia administrativa (...) cuya incorporación al Derecho penal sólo puede servir para magnificar tal desobediencia»<sup>122</sup>.

Ejemplos de punición de ilícitos administrativos en el Código son: art. 160.2 (fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación humana); art. 294 (obstaculización de la labor inspectora o supervisora de la administración)<sup>123</sup>; 334 (en lo relativo al comercio y tráfico con especies amenazadas y sus restos); art. 335.1

<sup>118</sup> Por ejemplo, ZIESCHANG introduce dos elementos nuevos dentro del sistema clásico, que queda configurado como describo a continuación (1998: 159 y ss., 347): *Konkrete Gefährungsdelikte* («delitos de peligro concreto»). Delitos de resultado que consisten en la puesta en peligro concreta del bien jurídico. *Konkrete Gefährlichkeitsdelikte* («delitos de peligrosidad concreta»). Realizar un comportamiento peligroso en concreto sin necesidad de que se produzca una puesta en peligro del bien jurídico. *Potentielle Gefährungsdelikte* («delitos de peligro potencial»). Delitos de resultado consistente en crear un estado concretamente peligroso que conduce, en una progresión ininterrumpida, a la creación de un peligro concreto e incluso a la lesión del bien jurídico (1998: 100, 158). Para saber cuando se puede incluir una acción en esta categoría hay que recurrir al grado de probabilidad (juicio de prognosis realizado desde la posición del ciudadano medio, 1998: 100) de que el bien jurídico quede expuesto a una lesión o puesta en peligro. El ciudadano medio en la situación del autor y dotado de sus conocimientos especiales debe determinar si en el momento de realizar la conducta no se podía excluir la producción de un daño al bien jurídico (1998: 101, 159). Estos delitos son una fase previa de los delitos de peligro concreto (1998: 100 y ss). *Abstrakten Gefährlichkeitsdelikte* («delitos de peligrosidad abstracta»).

MENDOZA BUERGO (2001b: 35-37) asume la distinción que realiza HIRSCH (*Buchala-FS*: 157) entre «delitos de peligrosidad» («peligrosidad abstracta» – describe una conducta peligrosa –, «peligrosidad concreta» – «que atiende a la peligrosidad concreta correspondiente a la situación pero (...) no exigen la presencia de un objeto de la acción ni, por tanto, la producción de un peligro concreto» – 2001b: 37, cursiva original-) y «delitos de peligro concreto».

<sup>119</sup> Tendencia que como indica CORCOY (1999: 282) no es nueva: la doctrina española estimaba que los tipos que sancionaban autónomamente actos preparatorios podían ser auténticos actos preparatorios o delitos de peligro abstracto.

<sup>120</sup> Distinguen distintos tipos de delitos de peligro abstracto los cuales son estudiados de forma diferenciada. En cambio las «posturas unitarias» proponen una caracterización unitaria de los delitos de peligro abstracto, vid. al respecto MENDOZA BUERGO 2001b: 90.

<sup>121</sup> Por ejemplo, ZIESCHANG (1998: 384, 391) sostiene que los *abstrakte Gefährlichkeitsdelikte* incluyen situaciones que no conducen a una puesta en peligro del bien jurídico o sólo lo haría de forma improbable, por ese motivo deben ser suprimidos del Código penal (en esa línea crítica vid. también WOHLERS 2000: 286).

<sup>122</sup> MÜLLER-TUCKFELD 2000: 522 y s. También se incluirían en este grupo los supuestos en los que se sanciona un ilícito civil. Ejemplo de ello serían los casos de obstaculización al ejercicio de derechos de los socios (art. 293), vid. TERRADILLOS 2001: 794 y s.

<sup>123</sup> Vid. TERRADILLOS 2001: 795.

(caza o pesca de especies no amenazadas expresamente prohibidas); art. 335.4 (caza de especies no amenazadas y expresamente prohibidas mediante artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente)<sup>124</sup>; art. 364. 2, 4 (despacho público de carne sin respetar los periodos de espera reglamentarios); art. 380 (negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia); art. 348.4 (obstaculización del control eficaz de los explosivos); art. 468 (quebrantamiento de condena); art. 441 (incumplimiento Leyes de incompatibilidades de la Administración); art. 563 (tenencia de armas prohibidas); art. 564 (tenencia de armas reglamentadas sin licencia)<sup>125</sup>.

La «administrativización del Derecho penal» implica la relegación del bien jurídico por la idea de función y con ello la reducción de los requisitos necesarios para que exista un merecimiento de la pena<sup>126</sup>: ha dejado de conectarse con una vulneración del interés protegido, o con la capacidad *ex ante* para producir una lesión. El Derecho penal ha asumido «el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador», encargado de la «gestión ordinaria de problemas sociales»<sup>127</sup>: asume la función de ordenar de modo general ámbitos de actividad sectorial mediante la introducción normas de comportamiento estandarizadas<sup>128</sup>. Dicho de otro modo: lo relevante pasa a ser la tutela de las normas organizativas<sup>129</sup>: se persigue por la vía penal conductas administrativamente no autorizadas que atentan contra «el buen orden del sector de actividad determinado»<sup>130</sup>. Se sanciona, por tanto, la mera trasgresión de normas de organización «que guían el comportamiento hacia la realización de las finalidades prefijadas». En definitiva, «vedan acciones humanas no en cuanto lesivas de un bien, sino en cuanto elusivas de un objetivo»<sup>131</sup>.

(2) De igual modo dentro de los delitos de peligro abstracto se han incluido comportamientos que tienen una capacidad directa (*ex ante*) para lesionar un bien jurídico.

(a) Esta capacidad puede ser suficiente. Son conductas capaces de conducir directamente a través de un curso causal regular y conocido a una lesión total o parcial del bien jurídico tutelado. En este grupo se incluiría por ejemplo la conducción de un vehículo a motor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, etc. (art. 379 CP) o el incendio de montes o masas forestales (352 CP).

En algunos casos, la ley no se limita a describir una conducta con una capacidad lesiva suficiente, el tipo incluye un elemento adicional que insiste en la necesidad de comprobar en el caso concreto la capacidad lesiva de la conducta o de los medios comisivos utilizados. Así, el art. 325 CP exige que el vertido, emisión, etc. tenga

<sup>124</sup> Vid. respecto al art. 335 CP MUÑOZ LORENTE 2001: 83-94; ídem 2003: 37 y ss.

<sup>125</sup> ¿En los artículos 563 y 566 y ss. no se está castigando penalmente un ilícito administrativo, especialmente cuando se hace constar de forma expresa que se penaliza la posesión careciendo de licencias o permisos reglamentarios? ¿No sería el derecho administrativo la rama del ordenamiento jurídico que mejor podría resolver el conflicto?

<sup>126</sup> Vid. HASSEMER 1992: 381; SEELMANN 1992: 454, PARK 1997: 130.

<sup>127</sup> SILVA SÁNCHEZ 1999: 107.

<sup>128</sup> Vid. SEELMANN 1992: 456; SCHÜNEMANN 1995: 211; ZIESCHANG 1998: 365 y s.; MENDOZA BUERGO 2001a: 81; GRACIA MARTÍN 2003: 138-144.

<sup>129</sup> Vid. BECK 1992: 19; PRITTWITZ 1997: 54.

<sup>130</sup> SILVA SÁNCHEZ 1999: 104.

<sup>131</sup> SGUBBI 1998: 68 y s. Insiste en que con la administrativización «ya no hay una lesión culpable de intereses ajenos, sino un cometido de gestión y organización de contextos sociales de riesgo», ALCÁCER 2002a: 15.

capacidad para «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», sin que se requiera resultado de lesión o de peligro; o el 365 sanciona el acto de envenenar o adulterar aguas potables, ect., con sustancias infecciosas, u otras *que puedan ser gravemente nocivas para la salud*. Estos delitos se denominan de «aptitud» o «idoneidad»<sup>132</sup>, y se caracterizan porque requieren que el juez decida si en el caso concreto la conducta realizada, que coincide con la prevista en el tipo, es capaz, desde una perspectiva *ex ante*, de producir una lesión, sin que se tenga que confirmar *ex post* un resultado de peligro o lesión.

(b) No obstante, también se pueden incluir como conductas típicas comportamientos con una insignificante peligrosidad directa. Por ejemplo, se sancionan supuestos de *daño acumulativo*: conductas que de forma aislada tienen relevancia objetiva muy reducida pero que una sucesión de acciones de este tipo podrían conducir a una lesión del bien jurídico protegido<sup>133</sup>. Es lo que se conoce como los «delitos de acumulación»<sup>134</sup>.

Los «delitos de acumulación» tuvieron su origen en los «delitos con bienes jurídicos intermedios espiritualizados»: se afirma que la tutela de bienes jurídicos que tienen como objeto el correcto funcionamiento de instituciones o subsistemas estatales, sociales, económicos, sólo podrá tener lugar a través de delitos de peligro abstracto en dónde se sancionan conductas que únicamente son lesivas por la posibilidad de repetición o reiteración de las mismas<sup>135</sup>. «Delitos de acumulación» que aparecen como tales vinculados al Derecho penal económico y al medio ambiental, como variante de éste último<sup>136</sup>, con el objetivo de resolver problemas de causalidad y de imputación<sup>137</sup>.

Por consiguiente, los «delitos de acumulación» existen por el temor a las consecuencias lesivas que tendría la *posible sumación* de una pluralidad de acciones que aisladamente son inocuas o poseen un riesgo insignificante: se pretende evitar un *efecto composición* negativo<sup>138</sup>.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el art. 334 CP que sanciona la caza o pesca de especies amenazadas o la realización de actividades que impidan o dificulten la reproducción o migración. En lo relativo a la segunda modalidad de lesión descrita, el legislador sanciona la práctica de conductas «molestas», como pueden ser p.e. el acceso con vehículos a una zona protegida o la búsqueda y observación de especies,

<sup>132</sup> Vid. MENDOZA BUERGO 2001b: 39-52. Vid. especialmente HOYER, A. (1987), *Die Einigungsdelikte*, Berlin; TORÍO LÓPEZ, A. (1997), «Acción peligrosa y dolo», en Romeo Casabona (editor): *Dogmática penal, Política criminal y Criminología en evolución*, pp. 369 y ss.

<sup>133</sup> KUHLEN (1993: 714) mantiene que los delitos de acumulación tienen un grado de peligro inferior a los de peligro abstracto, con lo cual parece estar considerando que son un grupo distinto de estos.

<sup>134</sup> Vid. WOLTER 1981: 277-280; KUHLEN 1986: 389 y ss.; ídem, 1993: 697 y ss., 716; MARTÍN 1989: 56; SILVA SÁNCHEZ 1999: 104-113; WOHLERS 2000: 309 y s.; SANTANA VEGA 2000: 167-69; MENDOZA BUERGO 2001b: 61-65, 490-495; ALCÁCER 2002b: 8-10, 12-16; HEFENDEHL 2002: 10 y s.; GRACIA MARTÍN 2003: 139-41.

<sup>135</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑES 1994: 301 y s.; SILVA DIAS 2003: 436 y s.

<sup>136</sup> Vid. GRACIA MARTÍN 2003: 84.

<sup>137</sup> Así lo expresa MENDOZA BUERGO 2001b: 62.

<sup>138</sup> «Se entiende por *efecto composición* aquellos macroestados de equilibrio –pero también aquellas crisis o procesos dinámicos– que surgen por generación espontánea como consecuencia imprevista o no intencionada de la agregación colectiva del microcomportamiento», GIL CALVO 2003: 165.

cuya repetición masiva podría tener efectos no deseados sobre las especies amenazadas.

El legislador se limita a describir un resultado, integrado por conceptos normativos que tienen que ser administrativamente definidos, sin especificar qué actividad puede impedir o dificultar la reproducción o migración de forma relevante. De ahí que «puede llevar a considerar típico por ejemplo el comportamiento de quien, mediante la producción de un ruido excesivo, provoca la dispersión momentánea de una bandada de cigüeñas negras»<sup>139</sup>. Para evitar esta extensión del tipo se propone qué conductas pueden ser adecuadas para provocar un impedimento en la reproducción o migración penalmente relevante:

- ✗ Alteración o destrucción de los hábitats<sup>140</sup>. Como modalidad de esta opción se incluye la reducción del caudal ecológico mínimo<sup>141</sup>.
- ✗ Creación de infraestructuras<sup>142</sup>: instalaciones eléctricas, carreteras, viales permanentes<sup>143</sup>.
- ✗ Actividades investigadoras: observación, filmación, registro sonoro<sup>144</sup>.
- ✗ Actividades motorizadas: acceso rodado al medio natural, competiciones de motor<sup>145</sup>.
- ✗ Aislamiento de las poblaciones<sup>146</sup>: creación de cercados y vallados que impidan la circulación de la fauna silvestre (art. 34.F Ley 4/89); escalas o presas en los ríos.

En lo que atañe a la caza y la pesca el problema se halla en la interpretación del concepto «amenazadas»: se refiere a todas las especies recogidas como tales dentro del art. 29 Ley 4/1989, de 27 de Marzo sobre Conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres<sup>147</sup>. Este artículo distingue cuatro grupos: (I) En peligro de extinción; (II) sensibles a la alteración de su hábitat; (III) vulnerables (aquellas que pueden pasar a las categorías anteriores); (IV) de interés especial (merecedoras de una atención particular en función de su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad). Los atentados contra el primer grupo no serían un «delito de acumulación»: poseen *per se* suficiente capacidad lesiva ya que pueden afectar en gran medida a la supervivencia de la especie (y es que el número limitado de miembros de esa especie condiciona la gravedad del ataque). Sin embargo, en los dos grupos siguientes se sanciona el peligro que representa la acumulación de semejantes conductas.

Los «delitos de acumulación» se diferencian del supuesto siguiente (punto 3: «conductas con peligrosidad mediata») en que aunque no puedan llegar *por sí mismas* a la lesión del bien jurídico su peligrosidad no es mediata (ya que no son comportamientos que favorezcan o faciliten otra conducta delictiva que se oriente directamente a la lesión del bien jurídico) sino directa e insignificante: cuando se unen a otras acciones del mismo tipo produce un resultado lesivo. No obstante, los delitos cumulativos sí se aproximan a las conductas descritas en el primer punto: la sanción

<sup>139</sup> HAVA GARCÍA 1997: 68.

<sup>140</sup> Vid. ORTEGA MARTÍN 1997: 513 y ss.

<sup>141</sup> Vid. ORTEGA MARTÍN 1997: 547.

<sup>142</sup> Art. 40 Ley del País Vasco 16/94 de 30 de junio sobre Conservación de la naturaleza; art. 12.1 Ley de Cataluña 12/85 de Espacios Naturales Protegidos.

<sup>143</sup> Vid. ORTEGA MARTÍN 1997: 539 y s.

<sup>144</sup> Vid. art. 52 Ley del País Vasco 16/94. ORTEGA MARTÍN 1997: 541 y s.

<sup>145</sup> Vid. Ley de Cataluña 9/1995 sobre acceso motorizado al medio natural; art. 18.3 Ley 12/85 de Espacios naturales protegidos. ORTEGA MARTÍN 1997: 542 y s.

<sup>146</sup> ORTEGA MARTÍN 1997: 545 y ss.

<sup>147</sup> Vid. Diario de Sesiones n. 512, de 6 de junio, p. 15.606, 15.610. Vid. los comentarios al respecto de ORTEGA MARTÍN 1997: 451 y s.

aproximan a las conductas descritas en el primer punto: la sanción penal de ilícitos administrativos. Como en estos casos, la persecución de estas acciones parece orientarse a la gestión de riesgos sectoriales, propia del Derecho administrativo<sup>148</sup>. Hay ejemplos en los que acumulación e ilícito administrativo llegan a confundirse. Así se suele sostener que en el art. 334 CP cuando la especie es objeto de tutela por cuestiones de «interés especial» realmente se sanciona un ilícito administrativo<sup>149</sup>. También se aprecia este hecho en el art. 335 CP. En su redacción anterior a la reforma 15/2003 sancionaba la caza, pesca, etc., no autorizada por la Administración (art. 26.4 Ley 4/86) de Especies no amenazadas. Ello generó la posibilidad de perseguir penalmente conductas de bagatela, que eran simples ilícitos administrativos (cazar un mirlo, un gorrión común)<sup>150</sup>. Si bien, la regulación actual del 335 CP, que requiere que la caza o pesca esté expresamente prohibida «por las normas específicas sobre su caza o pesca», ha reducido su ámbito de aplicación, no por ello deja de sancionar una simple infracción administrativa. Para evitar esta crítica se puede defender que su relevancia penal pasa necesariamente por su conversión en un «delito de acumulación»: se halla en que la falta de autorización (que establece cuotas según la situación de cada una de las especies, que fija las fases de veda orientadas a la protección de los periodos de celo, reproducción y crianza) permite una caza sin control de especies que podría conducir de forma acumulada a alterar el equilibrio del ecosistema.

La escasa peligrosidad de estas conductas y su relación con las sanciones previstas, su necesaria conexión con las acciones en el mismo sentido de otros sujetos (que son invisibles e impredecibles para la mayoría de los ciudadanos<sup>151</sup>) lo que representa el establecimiento de un criterio de imputación de la responsabilidad de carácter colectivo<sup>152</sup>, obliga a plantear que su persecución penal realmente supone respectivamente una infracción de los principios de ofensividad, proporcionalidad y de culpabilidad<sup>153</sup>.

A esta crítica se responde afirmando que podrían no representar una infracción del principio de proporcionalidad si se tiene en cuenta la relevancia del interés protegido para el sistema social<sup>154</sup>; que no se infringe el principio de culpabilidad porque el

<sup>148</sup> ALCÁCER 2002b: 16.

<sup>149</sup> La jurisprudencia mayoritaria considera que es un ilícito administrativo: SSTs 1999\3827; 2002\949. Por ello se puede exigir la capacidad para afectar a la supervivencia de la especie lo cual normalmente ocurrirá en caso de atentados muy graves o requerir un resultado de peligro concreto: la presencia de una «amenaza para la supervivencia».

<sup>150</sup> Vid. MUÑOZ LORENTE 2001: 110 y ss. Existen sentencias que aplican de modo formal el tipo: STS RJ 2000\9555; SSAP (La Rioja) 1997\1857; (Jaén) ARP 1998\2212; (Almería) ARP 1998\2649; (Sevilla) ARP 1999\4688. Por ello, MUÑOZ LORENTE (2001: 114 y s) mantenía que era necesario exigir una adicional puesta en peligro del medio ambiente (vid. también HAVA GARCÍA 1997: 72), lo que en la práctica provocaría una derogación del tipo pues sólo se podría aplicar cuando existiese una especie amenazada pero que todavía no estuviera catalogada como tal.

<sup>151</sup> El riesgo de acumulación de conductas «no será normalmente previsible para cada uno de los agentes, pues dependerá de múltiples factores accidentales (...) que escapan a la capacidad de previsión y al dominio de una persona media del sector de la actividad correspondiente», SILVA DIES 2003: 465.

<sup>152</sup> SILVA DIES 2003: 461.

<sup>153</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ 1997c: 1717; ídem, 1999: 112; SANTANA VEGA 2000: 158; MENDOZA BUERGO 2001b: 491, 493 y s.; ALCÁCER 2002b: 13-15; SOTO 2003: 185; SILVA DIAS 2003: 441 y ss.

<sup>154</sup> KUHLEN 1986: 404, nota 71

sujeto es responsable por su falta de solidaridad individual<sup>155</sup>, o por realizar una conducta disfuncional respecto al bien protegido<sup>156</sup>.

La importancia de un bien como el medio ambiente exige establecer unos valores-límite en los niveles de contaminación admisible. Ahora bien, esta necesidad, aceptada, no determina que dichos valores-límite tengan que ser penales, ni que la intervención penal deba ser desproporcionada o que tenga que vulnerar el principio ofensividad o de culpabilidad para garantizar la tutela de dicho bien<sup>157</sup>.

(3) Por último también se sancionan comportamientos que tienen una capacidad lesiva mediata: su peligrosidad se halla en que facilitan o favorecen el desarrollo de un plan criminal lesivo de un bien jurídico aunque que *per se* no puede conducir directamente a la lesión del bien tutelado. Dentro de este grupo se incluyen los actos preparatorios y las tentativas de participación.

Ejemplos de estos delitos en el CP ya han sido citados con motivo de la punición de los actos preparatorios. Ahora me interesa señalar dos cuestiones.

(a) La primera de ellas reside en mostrar cómo hay una tendencia doctrinal a señalar que una de las variantes del delito de peligro abstracto sería la criminalización de comportamientos que no contienen una peligrosidad directa, sino que requieren la intervención posterior de un sujeto. Por lo tanto, supone la represión penal de actos preparatorios del delito o de tentativas de participación.

Para JAKOBS los delitos, según la peligrosidad que contienen, se dividen en: (I) concretos, (II) abstractos, (III) abstracto-concretos<sup>158</sup>. En el segundo grupo (delitos de peligro abstracto) se distinguen a su vez tres subgrupos. Los dos primeros punen comportamientos externos y perturbadores<sup>159</sup> que se sitúan en una posición muy cercana a la de la tentativa acabada<sup>160</sup>. En tales casos no hay una «anticipación de la punibilidad que contravenga las reglas generales»<sup>161</sup>, nos hallamos frente a una criminalización legítima. En el tercer subgrupo que identifica dentro de los delitos de peligro abstracto, se hacían conductas escasamente peligrosas o que requieren la intervención

<sup>155</sup> Se quiere encontrar una lesividad (social) en el comportamiento cuya sumación se pretende evitar mediante el «dilema del gorrón» (*free rider*). OLSON (*La lógica de la acción colectiva*) afirmó que el máximo interés individual no reside en contribuir al éxito del grupo participando con su trabajo y otros sacrificios, sino beneficiarse del resultado conjunto sin contribuir en su producción vid. al respecto GIL CALVO 2003: 169 y ss). La intervención penal en estos casos está justificada porque contribuye a eliminar una situación desigualdad social (a favor del *gorrón* que disfruta de una ventaja injusta pues realiza una conducta que le beneficia y que, además, no tiene efectos negativos precisamente porque se aprovecha de que el resto no actúan de forma egoísta: respetan la norma), vid. WOHLERS 2000: 318 y ss.

<sup>156</sup> «lo que guía la conducta del sujeto es la finalidad de obtener un disfrute de dicho bien (...) sin preocuparse de su preservación», SILVA DIES 2003: 448.

<sup>157</sup> ¿Por qué se debe sancionar con una pena ciertos comportamientos con una capacidad lesiva semejante e incluso muy inferior a la de otras conductas autorizadas o sancionadas principalmente a través de la vía administrativa? En suma ¿cómo se puede hablar de delitos de acumulación a la vista de los actuales parques automovilísticos, la superpoblación de aeronaves, el irresponsable agotamiento de los recursos hídricos, etc.?

<sup>158</sup> Vid. JAKOBS 1985: n. 20, 307-10.

<sup>159</sup> Vid. JAKOBS 1985: 308-9: conductas definidas como perturbadoras *per se* (conducir bajo la influencia del alcohol); conductas externas y perturbadoras: no son por sí mismas perturbadoras si no que se consideran así por generalización del peligro (falso testimonio, perjurio, incendio de edificio habitado).

<sup>160</sup> Vid. JAKOBS 1985: 309.

<sup>161</sup> Vid. JAKOBS 1985: 309.



de un tercero para el desarrollo de su peligrosidad. Comportamientos que no son peligrosos en absoluto si no van asociados a una acción sucesiva y de carácter delictivo<sup>162</sup>. Son conductas no ejecutivas del delito porque puede confirmarse ese peligro o por el contrario que quede reducido a esa situación previa y equívoca. La sanción de estos comportamientos implica la extensión del Derecho penal a conductas preparatorias de un delito<sup>163</sup>. Esa anticipación de la tutela penal es en algunos supuestos ineludible: cuando el autor no sea capaz de desactivar el riesgo generado por su organización<sup>164</sup>. En concreto destaca los supuestos de creación y obtención de instrumentos delictivos. La extensión del alcance penal se justifica en este caso por el riesgo elevado que existe de que esos objetos se utilicen en un sentido delictivo (ya que normalmente no admiten otro)<sup>165</sup>.

KÖHLER señala expresamente que hay dos tipos de peligro abstracto: (I) la conducta peligrosa necesita una posterior actuación, del sujeto que lo realizó o de un tercero, para convertirse en una lesión; (II) puede conducir a un resultado lesivo por si sola, la intervención de otra persona está excluida o sería fruto de la casualidad. Las primeras son acciones penalmente irrelevantes porque todavía no lesionan la libertad del otro. Las otras, sin embargo, afectan de forma substancial la autodeterminación de la libertad del ciudadano.

CUESTA PASTOR<sup>166</sup> considera que los «delitos obstáculo» son aquellos que están en un estado previo a los delitos de peligro abstracto y que representan la punición de conductas que son la premisa idónea para la realización de otros delitos. «La doctrina está de acuerdo en que la utilización por el legislador del delito obstáculo equivale a la criminalización de los «actos preparatorios» para cometer ciertos delitos»<sup>167</sup>.

WOHLERS afirma que los delitos de peligro abstracto no se caracterizan por la puesta en peligro de un bien jurídico sino por la «peligrosidad general» que les es immanente: no hay delitos de peligro abstracto sino «delitos de riesgo o peligrosidad»<sup>168</sup>. Si la creación de un riesgo general es lo que caracteriza a los delitos de peligro abstracto, ¿cuáles son los «tipos de riesgo» (tipos de creación de riesgo) y dentro de éstos cuáles pueden ser legítimamente penalizados<sup>169</sup>? En función del potencial de riesgo sostiene que se pueden establecer tres categorías dentro de los «delitos de riesgo»<sup>170</sup>: (I) *Konkrete Gefährlichkeitsdelikte* («delitos de peligrosidad concreta»): conducta que conduce directamente a una concreta puesta en peligro del bien jurídico sin intervención de ningún sujeto (*Trunkheitsfahrt* § 316 StGB, *schwere Brandstiftung* § 306a StGB). Se protegen intereses individuales. (II) *Kumulationsdelikte* («delitos de acumulación»): conductas que no pueden lesionar *per se* ningún interés pero que combinadas con otras acciones de la misma clase provocan una concreta puesta en

<sup>162</sup> Vid. JAKOBS 1985: 309-10.

<sup>163</sup> Vid. JAKOBS, *PG*: 6/86a.

<sup>164</sup> Vid. JAKOBS, *PG*: 6/86a.

<sup>165</sup> JAKOBS, *PG*: 6/86a.

<sup>166</sup> Vid. CUESTA PASTOR 2002: 40-46.

<sup>167</sup> CUESTA PASTOR 2002: 44.

<sup>168</sup> WOHLERS 2000: 305 y s.

<sup>169</sup> WOHLERS 2000: 296, 306.

<sup>170</sup> WOHLERS 2000: 309 y s.



peligro del bien jurídico (protección del medio ambiente §§ 324 y ss StGB, o de ciertas instituciones estatales §§ 264 y ss StGB). En este caso se protegen intereses colectivos. (III) *Vorbereitungsdelikte* («delitos preparatorios»): comportamientos que contienen el riesgo de que su autor u otra persona distinta puede servirse de una conducta previa para realizar actividades delictivas. Se tutelan tanto intereses individuales como colectivos.

En suma, estos autores defienden que los delitos preparatorios son una especie de los delitos de peligro abstracto. Ambos sancionan comportamientos que pueden ser el origen de las circunstancias peligrosas a partir de las cuales se puede producir una posterior lesión de un bien jurídico<sup>171</sup>. La diferencia es que una puede conducir directamente a la generación de ese estado (peligro abstracto), mientras que la otra necesita una posterior intervención ya sea del propio autor o de otra persona (en este último caso se convierte en una forma de participación no consumada).

(b) En segundo lugar quiero insistir en la necesaria conexión entre los dos criterios de ordenación de las formas de anticipación de la tutela penal. Las fases del *iter criminis* se castigan porque contienen una peligrosidad que se considera penalmente relevante<sup>172</sup>. A su vez los delitos de peligro representan la punición de conductas que son fases del proceso que conduce a la lesión consumada del bien jurídico de referencia<sup>173</sup>. De este modo, en el primer grupo su denominación hace hincapié en la fase del *iter criminis* castigada, en el segundo, en el peligro del comportamiento, pero ambos no son sino perspectivas complementarias (inseparables) de análisis de un comportamiento. En definitiva, tener en cuenta al mismo tiempo el «grado de ejecución» y «la peligrosidad inherente», como propone el art. 62 CP para fijar la pena en la tentativa, es un requisito necesario en el estudio de la relevancia objetiva de toda conducta.

Un estudio aislado de los «delitos de peligro abstracto» y de los delitos que tienen por objeto la sanción de fases del *iter criminis* (especialmente las no ejecutivas) provoca una separación de cuestiones que se tienen que tratar de forma conjunta.

(I) Cuando se examina un comportamiento sólo desde la perspectiva de su posición en el *iter criminis* se corre el peligro de eludir una reflexión sobre la clase y grado de peligro que le es inherente. Ello se concreta en los casos de persecución de conductas preparatorias: en ocasiones parece que el estudio de aspectos relativos a la determinación de un juicio de peligrosidad, que permita fijar cuándo una conducta representa objetivamente una atentado suficiente a los bienes jurídicos tutelados sea una cuestión

<sup>171</sup> MÜLLER-DIETZ (1992: 99) define de tal forma todas las conductas que se hallan incluidas dentro de la *Vorfeldkriminalisierung*.

<sup>172</sup> BUSTOS/HORMAZABAL consideran que sería «sistemáticamente coherente exponer en este apartado (scil. delitos de peligro y principio de lesividad) el desarrollo del delito, el *iter criminis*, pues los actos preparatorios y las formas imperfectas de ejecución (...) son situaciones de puesta en peligro (...)», *Lecciones II*: 110 (cursiva original). «Desde el punto de vista objetivo, los delitos de tentativa en sentido amplio son delitos de peligro», SÁNCHEZ GARCÍA 1999: 50.

<sup>173</sup> BOHNERT 1984: 182. «(...) los delitos de peligro, que no serían sino «tentativas» o, si se prefiere, formas de imperfecta ejecución de los delitos imprudentes (...)», RODRÍGUEZ MONTAÑES 1994: 135. Los delitos de emprendimiento, delitos de peligro concreto y abstracto, delitos de mera actividad y los delitos de intención son integrados dentro de lo que FINCKE (1975: 40) considera «delitos de tentativa impropio» (*unechten Versuchsdelikte*).

que únicamente competa en los supuestos de tentativa inidónea y el delito de peligro abstracto<sup>174</sup>. No se puede olvidar que hay una relación necesaria entre delitos de peligro abstracto y delitos preparatorios<sup>175</sup>: los delitos de peligro abstracto se han extendido en sus capas inferiores hasta abarcar conductas preparatorias. Los delitos preparatorios, en función del peligro que le es propio son una especie de los de peligro abstracto, en concreto los que *ex ante* manifiesta una peligrosidad mediata: únicamente tienen capacidad para facilitar una conducta delictiva.

Además, cuando no se realiza una reflexión sobre el grado de peligro puede acontecer una confusión del aspecto formal y material de las fases del *iter criminis*. Hay conductas que *materialmente* pueden ser una tentativa porque, por ejemplo, ya representen un inicio de lesión del bien jurídico tutelado. Otras conductas que sólo favorecen el desarrollo del plan delictivo son materialmente actos preparatorios. No obstante puede suceder que ciertos actos preparatorios en su sentido material lleguen a ser tentativas en el sentido *formal* porque de la interpretación del tipo se deduzca que éste abarca como formas de ejecución conductas que materialmente sólo facilitan la posterior actividad delictiva principal<sup>176</sup>.

En relación con un mismo bien jurídico y un mismo tipo penal, hay dos conceptos de preparación:

- ✍ Preparación en un sentido material: comportamiento incapaz de lesionar o poner en peligro de forma directa o inmediata el bien jurídico tutelado a través del cual un sujeto únicamente facilita, posibilita o asegura una actividad delictiva. El criterio de distinción entre tentativa y preparación es la peligrosidad de cada una.
- ✍ Preparación en un sentido formal: aquella conducta con la que no puede considerarse que se haya iniciado formalmente la ejecución de la conducta descrita en el tipo. El criterio de diferenciación entre tentativa y preparación es el inicio de la ejecución del tipo. Si ese criterio se vinculara a la idea de peligrosidad entendida como capacidad de afectación directa del bien jurídico la preparación en un sentido formal coincidiría con la material. Ahora bien, esta coincidencia no siempre tiene lugar cuando el carácter ejecutivo de una conducta se vincula a una interpretación del precepto penal orientada a fijar su *marco de significado típico*. Así puede generar la inclusión en la fase ejecutiva de formas preparación que aunque contienen una peligrosidad mediata (con respecto al bien jurídico de referencia) se encuentran en una relación de proximidad con la conducta típica en un sentido formal estricto.

En consecuencia, puede suceder que haya preparaciones materiales que desde una perspectiva formal sean actos ejecutivos<sup>177</sup>. Incluso sería posible hablar de tentativas materiales que fueran preparaciones formales (especialmente cuándo se utiliza una teoría formal estricta).

(II) Si se estudia la sanción de un comportamiento sólo teniendo en cuenta la natu-

<sup>174</sup> CRAMER (1962: 63 y ss), por ejemplo, estudia esta problemática limitándose a las dos figuras señaladas.

<sup>175</sup> Vid. SCHULTZ 1990: 68.

<sup>176</sup> Vid. FUENTES 2003.

<sup>177</sup> La teoría sobre el inicio de la ejecución a la que se recurra para interpretar el tipo determinará que se incluyan un mayor o menor número de conductas preparatorias (materiales) en la fase ejecutiva.

raleza de su peligro se pierde de vista su posición dentro del *iter criminis* de un hipotético tipo penal que contemple la consumación de la lesión de un bien jurídico de referencia.

Considerar la proximidad a la efectiva lesión del bien jurídico protegido puede determinar la falta de legitimidad de la sanción de ese comportamiento. Así, cuando sólo se habla de delitos de peligro abstracto se puede desestimar que se está justificando la punición de conductas preparatorias que, desde una perspectiva objetiva del injusto, están sometidas al *principio de impunidad de los actos preparatorios*. Ello obliga a especificar los motivos de política criminal que legitiman la persecución excepcional de los actos preparatorios concretos (que obviamente se presentan como *especialmente* peligrosos en relación con la generalidad de las conductas preparatorias). Si se habla exclusivamente de delitos de peligro abstracto también se corre el riesgo de prever una sanción desproporcionada si no tiene en cuenta la fase del *iter criminis*: la punición de una conducta preparatoria debe guardar una relación proporcional con el resto de las figuras del *iter criminis* (tentativa y consumación) de los delitos conexos con este bien jurídico<sup>178</sup>. Punición escalonada de cada una de las fases del *iter criminis* que se basa en la diferencia subjetiva-objetiva que existe entre cada una de ellas: en un plano objetivo hay un menor grado de afectación del bien jurídico, en el subjetivo hay un menor desvalor en cuanto la voluntad de realización está conscientemente vinculada a una conducta que manifiesta diferente capacidad de afectación del interés tutelado.

Así mismo, el análisis aislado de una conducta como delito de peligro abstracto representa la posibilidad de perseguir fases previas a la lesión del bien jurídico con independencia de los requisitos subjetivos derivados la teoría general del *iter criminis*. Pueden castigar actos preparatorios y tentativas con independencia de que con relación al tipo de referencia se lleven a cabo de forma dolosa o imprudente<sup>179</sup>.

Por último insistir en que también se debe estimar la posición que la conducta tiene dentro del *iter criminis* de una posible forma de intervención secundaria. Si aceptamos que en el vigente CP rige un sistema dual de depuración de la intervención delictiva y que éste se vincula a su vez al principio de accesoriedad (estricta material) limitada, entonces tendremos que reconocer que en ocasiones los delitos de peligro abstracto representan una excepción a dicho sistema, pues permite la persecución de conductas que serían tentativas de participación. Es necesario exponer que se produce esta excepción y los motivos político-criminales que la justifican en ese caso concreto<sup>180</sup>.

<sup>178</sup> Insiste en este control de proporcionalidad en los delitos de peligro abstracto KISS 2006.

<sup>179</sup> «...la falta de dolo de lesión hace imposible la aplicación de la tentativa y obliga a la creación de una categoría que abarque, también en el aspecto subjetivo, los momentos previos a la lesión», MATA Y MARTÍN 1997: 68, nota 137; RODRÍGUEZ MONTAÑES 1994: 7, 134 y s.; BREHM 1973: 137; SCHÜNEMANN 1975: 798; FEIJÓO 1997: 2006; LUZÓN PEÑA PG: 313 y s.

<sup>180</sup> Sería erróneo entender que con estos comentarios afirmo que la dogmática sea el límite de la política criminal. Ello sería incorrecto pues, como señala ORTIZ DE URBINA (2004), los límites de la política criminal no son dogmáticos sino constitucionales; dentro de éstos el legislador puede tomar las decisiones que considere adecuadas. Cuestión distinta es que sea necesario mostrarle al legislador que sus decisiones son contrarias e incompatibles con el sistema existente. «Si bien la dogmática en sí misma no puede ser la barrera infranqueable de la política criminal, ya ni tiene fuerza normativa *per se* ni autoridad para decidir, *debe* pretender influir en ella a

### III. CONCLUSIONES

Las formas de antelación se pueden ordenar en dos grupos. En función del *iter criminis*: delitos de tentativa, delitos preparatorios. En función del juicio de peligro: delitos de peligro concreto y abstracto. Dentro de estos dos grupos la anticipación de la tutela penal se limita a tres figuras: los delitos de peligro abstracto, los delitos preparatorios y los delitos de tentativas de participación (ya se punan de forma autónoma o mediante la extensión del tipo de manera parecida a la prevista para la tentativa). Ello con la peculiaridad de que los dos últimos citados normalmente se suelen recoger dentro de una categoría única (delitos preparatorios). La dificultad que hay para diferenciar en una fase tan temprana y a la vista del carácter equívoco de los comportamientos entre preparación y participación, la posibilidad de que una misma conducta pueda compartir ambas naturalezas, el deseo de solventar problemas de delimitación de figuras y de justificación dogmática reuniendo ambas en tipos *saco*, etc. son algunas de las razones que han ocasionado la reducción del problema de la anticipación por la vía del *iter criminis* a una sola categoría: la preparación.

No obstante, he realizado algunas precisiones a esta afirmación inicial.

(I) El concepto de anticipación de la tutela penal se reduce a esas figuras cuando partimos de un núcleo del injusto vinculado a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Si se defiende que el Derecho penal tiene otra finalidad diferente a la protección de bienes jurídicos, u otra concepción del injusto el ámbito de la anticipación penal sería distinto.

(II) Dentro de los delitos de peligro abstracto puede haber conductas con una capacidad lesiva directa suficiente de modo que no se pueda hablar de anticipación en esos casos. Así mismo, pueden tener cabida dentro de los *delitos de peligro abstracto* diversas formas de anticipación de la tutela penal.

(III) El análisis del fenómeno de la antelación de la intervención penal, entendido como ruptura de ese determinado modo de comprender el principio de ofensividad, se centra principalmente en la peligrosidad de la conducta. La discusión básica reside en comprobar el grado de satisfacción del injusto originario en el caso concreto. Y ello debe ser analizado tanto en los delitos de peligro como los de preparación. Dicho de otro modo, los delitos del *iter criminis*, siempre serán una clase de delitos de peligro: los delitos preparatorios son una anticipación de la tutela penal por su peligrosidad, y en función de ello se incluyen, además, como una especie de los delitos de peligro abstracto.

(IV) El estudio de la anticipación desde la perspectiva del *iter criminis* es, ~~ampero~~, necesaria: suministra importante información sobre la posición que esa conducta tiene dentro del proceso continuado de ataque a un bien jurídico determinado. Saber que es

través de quienes sí están autorizados para decidir, mostrando las consecuencias de las decisiones que se alcancen, así como su compatibilidad o incompatibilidad con el marco valorativo del que se parte y, finalmente, proponiendo otros tipos de política criminal posibles dentro del marco jurídico de que se trate o la reforma de este último», ORTIZ DE URBINA 2004: 888.

una tentativa o una preparación (y/o una tentativa de participación) descubre conflictos dentro del sistema penal. (i) La infracción del principio de impunidad general de la preparación o de la impunidad de las tentativas de participación que estas conductas representan requiere una adecuada justificación político-criminal de la necesidad de la supresión excepcional de estos principios. (ii) Posible fractura del principio de proporcionalidad si se prevé una pena que no respeta la necesaria sanción escalonada de cada una de las fases del *iter criminis*. (iii) Persecución de fases previas a la lesión del bien jurídico desvinculada de los requisitos subjetivos establecidos por la teoría general del *iter criminis*.

(V) Por consiguiente aciertan aquellas clasificaciones que analizan conjuntamente preparación y peligro abstracto. De este modo plantean varias cuestiones básicas: las relativas al contenido de peligro propio de estas conductas y a las consecuencias que se derivan de su posición (lejanía a la lesión efectiva del bien jurídico protegido) dentro del *iter criminis* (especialmente la exigencia de proporcionalidad).

### BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ACALE SÁNCHEZ (2000), M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada.
- ALBRECHT, P.A. (1988), “Das Strafrecht auf dem Weg von liberaler Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat. Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts”, en *KritV*, pp. 182 y ss.
- ✍ (1999) *Kriminologie*, München.
- ALCÁCER GUIRAO, R. (2000), *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada.
- ✍ (2002a) “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], num. 04-08. [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-08.html](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html)
- ✍ (2002b) “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, en *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, pp. 59 y ss.
- ALWART, H. (1982), *Strafwürdiges Versuchen*, Berlin.
- ASÚA BATARRITA, A. (1998), “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos”, en *La Ley*, pp. 1638 y ss.
- BAUMANN, J. / WEBER, U. / MITSCH, W. (1995), *Strafrecht, allgemeiner Teil*, 10.ª edición, Bielefeld.
- BARATTA, A. (1984), “Integración-prevención: Una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en *CPCr*, pp. 531 y ss.
- BARBER BURUSCO, S. (2004), *Los actos preparatorios del delito*, Granada.
- BECK, W. (1992), *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, Berlin.
- BERZ, U. (1986), *Formelle Tatbestandverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz. Eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten*, München.
- BREHM, W. (1973), *Zur Dogmatik des abstraktes Gefährdungsdelikts*, Tübingen.
- ✍ (1976) “Die ungefährliche Brandstiftung – BGH, NJW 1975, 1369”, en *JuS*, pp. 22 y ss.
- BOHNERT, J. (1984), “Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte”, en *JuS*, pp. 182 y ss.
- CORCOY BIDASOLO, M. (1999), *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Valencia.
- CRAMER, P. (1962), *Der Vollrauschatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Tübingen.
- ✍ (2001), *Strafgesetzbuch, Kommentar Schönke/Schröder*, 26.ª edición, München.
- CAMPO MORENO, J.C. (2000), *Los actos preparatorios punibles*, Valencia.
- CEREZO MIR, J. (1998), “La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el

- nuevo Código Penal Español”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2.ª Época, núm. 1, pp. 13 y ss.
- CUELLO CONTRERAS, J. (1978), *La conspiración para cometer el delito (los actos preparatorios de la participación)*, Barcelona.
- ✍ (1999), “El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa”, en Cerezo Mir/Suarez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona (editores): *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, pp. 285 y ss.
- ✍ (2002), *El Derecho Penal español. Parte General*, 3.ª edición, Madrid.
- CUESTA PASTOR, P. (2002), *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada.
- DEMETRIO CRESPO, E. (2003), *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, Granada.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (1998), “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995”, en *AP*, pp. 287 y ss.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (1986), *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Madrid.
- DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M. (1991), *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona.
- ✍ (1995), “Conspiración, proposición y provocación”, en *EJB*, v. I, Madrid, pp. 1520 y ss.
- DIEZ RIPOLLÉS (2004), “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, pp. 1 y ss.
- ✍ (2005), “De la Sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, pp. 1 y ss.
- DETZNER, M. (1998), *Rückkehr zum «klassischen Strafrecht» und die Einführung einer Beweislastumkehr*, Berlin.
- ESER, A. (2001), *Strafgesetzbuch. Kommentar. Schönke/Schröder*, 26.ª edición, München.
- FARRÉ TREPAT, E. (1986), *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona.
- FERRAJOLI, L. (2001), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5.ª edición, Madrid.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, B. (1997), “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, en *La Ley*, pp. 2004 y ss.
- ✍ (1999), *Limites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en derecho penal?*, Granada.
- FEUERBACH, P.J.A. von (1847), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, nueva impresión de la 14.ª edición de 1847, Reinheim, 1973.
- FINCKE, M. (1975), *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlin.
- FREHSEE, D. (1997), “Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes”, en Frehsee/Löschper/Smaus (editores): *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden, pp. 14 y ss.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2003), *La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito*, Tesis doctoral inédita, Jaén.
- GARCÍA AMADO, J.A. (2000), “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, en *DOXA*, n.º 23, pp. 233 y ss.
- GEPPERT, K., “Die schwere Brandstiftung”, en *Jura*, pp. 417 y ss.
- GIL CALVO, E. (2003), *El miedo es el mensaje*, Madrid.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (1984), *Teoría jurídica del delito*, Madrid.
- GÓMEZ MARTÍN, V. (2002), “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], núm. 04-16, <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-16.pdf>



- GRACIA MARTÍN, L. (1996), “El «iter criminis» en el Código penal español de 1995”, en Díez Ripollés (dir.): *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal*, Madrid, pp. 257 y ss.
- ✍ (2003) *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia.
- HASSEMER (1992), “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrecht”, en *ZRP*, pp. 379 y ss.
- HAVA GARCÍA, E. (1997), “Delitos relativos a la protección de la flora y fauna”, en Terradillos Basoco (ed.): *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, pp. 59 y ss.
- HEFENDEHL, R. (2002), “¿Debe ocuparse del Derecho penal de riesgos futuros?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], num. 04-14, [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-14.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf)
- HENCKEL, H. (1930), *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, Breslau.
- HERZBERG, R. D. (2001), “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”, en *GA*, pp. 257 y ss.
- HERZOG, F. (1990), “Nullum Crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln”, en Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (editores): *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt a.M., pp. 105 y ss.
- HIPPEL, R. Von (1921), “Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen”, en *ZStW*, pp. 525 y ss.
- HIRSCH, J.H. (2001), “Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht”, en *Roxin-Festschrift*, Berlin, pp. 711 y ss.
- HORN, E. (1973), *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln.
- HORN / HOYER, (1987), “Rechtssprechungsübersicht zum 27. Abschnitt des StGB - «Gemeingefährliche Straftaten»”, en *JZ*, pp. 965 y ss
- JAKOBS, G. (1985), “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pp. 293 y ss.
- ✍ (1989) “Representación del autor e imputación objetiva”, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pp. 223 y ss.
- ✍ (1992) *Fundamentos de Derecho penal*, Buenos Aires, 1996.
- ✍ (1995) *Derecho penal, Parte General*, Madrid.
- ✍ (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho funcional*, Madrid.
- ✍ (2003), “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del Enemigo”, en Jakobs/Meliá: *Derecho penal del enemigo*, pp. 19 y ss.
- JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª edición, Berlin.
- KAUFMANN, Armin (1977), *Teoría de las normas*, Buenos Aires.
- KINDHÄUSER, U. (1989), *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a. M.
- KISS, A. (2006), *El delito de peligro abstracto*, Münster.
- KRATZSCH, D. (1987), “Zum Erfolgsunrecht der schweren Brandstiftung”, en *JR*, pp. 360 y ss.
- KÜHL, K. (2000), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª edición, München
- KUHLEN, L. (1986), “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB)”, en *GA*, pp. 389 y ss.
- ✍ (1993) “Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neue Dogmatik”, en *ZStW*, pp. 697 y ss
- LESCH, H. (1995), *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá.
- LETZGUS, K. (1972), *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafbarkeit*, Berlin.
- LISZT, F. Von (1884), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2.ª edición, Berlin.
- LUZÓN PEÑA, D.M. (1996), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid.
- MALITZ, K. (1998), *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt: zum Strafgrund des Versuchs*, Berlin.
- MAQUEDA ABREU, M. L. (1994), “La idea de peligro en el moderno Derecho Penal”, en *AP*, n.º 26/27, pp. 481 y ss.



- MARTIN, J. (1989), *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, Freiburg.
- MATA Y MARTÍN, R.M. (1997), *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada.
- MAURACH, R./SCHROEDER, F-C./MAIWALD, M. (1999), *Strafrecht, Besonderer Teil*, 8.<sup>a</sup> edición, Heidelberg.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (1989), *Strafrecht, AT II*, 7.<sup>a</sup> edición, Heidelberg.
- ✍ (1992), *Strafrecht, AT, I*, 8.<sup>a</sup> edición, Heidelberg.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. (1993), *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid.
- MENDOZA BUERGO, B. (2001a), *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid.
- ✍ (2001b), *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada.
- ✍ (2003), “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”, en Da Agra/Domínguez/García Amado y otros (eds.): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona.
- MIRA BENAVENT, J. (2001), “¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?”, en Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coordinadores): *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), pp. 507 y ss.
- MIR PUIG, S. (1973), “Los términos «delito» y «falta» en el Código Penal”, en *ADPCP*, pp. 319 y ss.
- ✍ (1985), “La perspectiva “ex ante” en Derecho penal”, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 93 y ss (publicado originalmente en *ADPCP*, 1985, pp. 5 y ss).
- ✍ (1988), “Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto”, en *ADPCP*, pp. 661 y ss.
- ✍ (2002), *Derecho Penal. Parte General*, 6.<sup>a</sup> edición, Barcelona.
- MONTES, P.J. (1929), *Derecho penal español*, 2.<sup>a</sup> edición, San Lorenzo del Escorial.
- MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA (2005), “Del Cohecho”, en Quintero Olivares (dir.) / Morales Prats (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5.<sup>a</sup> edición, Elcano, pp. 1620 y ss.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (1999), *La tentativa de delito y delito irreal*, Valencia.
- MUÑOZ LORENTE, J. (2001), “Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional”, en *ADPCP*, pp. 71 y ss.
- ✍ (2003) *La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995*, Valencia.
- MÜLLER-DIETZ, H. (1973), *Strafe und Staat*, Frankfurt a. M.
- ✍ (1992) “Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung”, en *R. Schmitt-Festschrift*, Tübingen, pp. 95 y ss.
- ✍ (1996) “Gibt es Fortschritt im Strafrecht?”, en *Triffterer-Festschrift*, Wien, New York, pp. 677 y ss.
- MÜLLER-TUCKFELD, J.C. (2000), “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, pp. 507 y ss.
- MURMANN, U. (1999), *Versuchsunrecht und Rücktritt*, Heidelberg.
- NESTLER, C. (2000), “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, pp. 63 y ss.
- NEUHAUS, H. (1993), *Die strafbare Deliktsvorbereitung unter besonderer Berücksichtigung des § 234 a Abs. 3 StGB*, Frankfurt a. M.
- NIEPOTH, B. (1994), *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Frankfurt a. M.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E. / HUERTA TOCILDO, S. (1986), *Derecho penal, Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid.
- OLMEDO CARDENETE, M.D. (1999), *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid.

- ORTEGA MARTÍN, E. (1997), “Los delitos contra la flora y la fauna”, en AA.VV: *Derecho Penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio ambiente)*, Granada, pp. 396 y ss.
- ORTIZ DE URBINA, I. (2004), “La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo (¿Es el Derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)”, en Octavio de Toledo/Gurdiel Sierra/Cortés Bechiarelli: *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, pp. 859 y ss.
- ORTS BERENGUER, E. (1982), “Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito”, en *CPCr*, pp. 483 ss.
- OTTO, H. (1976), “Straflose Teilnahme?”, en *Richard Lange-Festschrift*, Berlin, New York, pp. 196 y ss.
- PAPAGEORGIOU-GONATAS, S. (1988), *Wo liegt die Grenzen zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch? Zugleich eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Strafgrund des Versuchs*, München.
- PARK, T. (1997), *Vermögensstrafe und ,modernes’ Strafrecht*, Berlin, pp. 120 y ss.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (1995), *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid.
- PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, (1997), “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, pp. 17 y ss.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2002), “Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales”, en José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (editores): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, pp. 135 y ss.
- ☞ (2005), “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Portilla (coord.): *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, pp. 57 y ss.
- PRITTWITZ, C. (1997), “Risiken des Risikostrafrecht”, en Frehsee/Löschper/Smaus (edit.): *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden, pp. 47 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2002), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª edición, Elcano.
- RADTKE, H. (1996), “An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuchs”, en *JuS*, pp. 878 y ss.
- RATH, J. (1998), “Grundfällen zum Unrecht des Versuchs” (I), en *JuS*, pp. 1006 y ss, 1106 y ss.
- REBOLLO VARGAS, R. (1997), *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Valencia.
- RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, J.E. (1998), *La perspectiva sociológica. Historia, teoría y método*, Madrid.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. (1994), *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La punición de los actos preparatorios”, en *ADPCP*, 1968, pp. 277 ss.
- ROXIN, C. (1979), “Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch”, en *JuS*, pp. 1 y ss..
- ☞ (1994), *Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11.ª edición, Berlin, §§ 25, 26, 27, 30.
- ☞ (1997), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 3.ª edición, München.
- ☞ (1998), “Über den Strafgrund des Versuchs”, en *Festschrift-Haruro Nishihara*, Baden-Baden, pp. 157 y ss.
- ☞ (2003), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, München.
- RUDOLPHI, H.-J. (2003), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.ª edición, Frankfurt a. M.
- RUIZ ANTÓN, L. F. (1982), *El agente provocador en el Derecho penal*, Fuenlabrada.

- RUIZ RODRÍGUEZ, L. (1997), “Los incendios forestales y la protección del medio ambiente”, en Terradillos Basoco (edit.): *Derecho penal del medio ambiente*, Madrid, pp. 83 y ss.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. (1999), *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid.
- ✍ (2001) “La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea”, en Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coord.): *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), pp. 685 y ss.
- SÁNCHEZ TEJERINA, I. (1950), *Derecho penal español*, t. I, 5.ª edición.
- SANCINETTI, M. (1996), *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá.
- SANTANA VEGA, D.M. (2000), *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid.
- SERRANO-PIEDecasas, J.R. (1999), “Fundamento de la punición de la tentativa”, en Cerezo Mir/Suarez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona (Editores): *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. (1999), *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Código Penal*, Madrid, Barcelona.
- SCHEERER, S. (1993), “Die soziale Aufgabe des Strafrechts”, en Helge Peters (editor): *Muß Strafe sein?*, Opladen, pp. 79 y ss.
- SCHMIDHÄUSER, E. (1975), *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.ª edición, Tübingen.
- SCHRÖDER, F.C. (1970), *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, München.
- SCHRÖDER, H. (1967), “Grundprobleme des § 49 a StGB”, en *JuS*, pp. 289 y ss.
- SCHULTZ, H. (1990), “Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch”, en *ZStR*, pp. 68 y ss.
- SCHÜNEMANN, B. (1975), “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte”, en *JA*, pp. 787 y ss.
- ✍ (1995) “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, en *GA*, pp. 201 y ss.
- SGUBBI, F. (1998), *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la investigación de la ilegalidad penal*, Buenos Aires.
- SILVA DIAS, A. (2003), “¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones a cerca de la «(in)capacidad de resonancia» del Derecho penal con la figura de la acumulación”, en *ADPCP*, pp. 433 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (1997a), “La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)”, en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, pp. 121 y ss.
- ✍ (1997b), “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona, pp. 17 y ss.
- ✍ (1997c) “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal”, *La Ley*, D-132, pp. 1714 y ss.
- ✍ (1999) *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.ª edición, Madrid.
- SEELMANN, K. (1992), “Risikostrafrecht”, en *KritV*, pp. 452 y ss.
- SOLA RECHE, E. (1996), *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, Granada.
- SONNEN/HANSEN-SIEDLER (1988), “Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung”, en *JA*, pp. 17 y ss.
- SORIANO, R. (1997), *Sociología del Derecho*, Barcelona.
- SOTO, S. (2003), *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada.
- SPENDEL, G. (1966), “Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie”, en *Stock-Festschrift*, Würzburg, pp. 89 y ss.
- STRUENSEE, E. (1989), “Versuch und Vorsatz”, en *Armin Kaufmann-GS*, Köln, pp. 523 y ss.

- SÜß, F. (1995), "Von Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot", en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (edit.): *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M., pp. 207 y ss.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2001), "Peligro abstracto y garantías penales", en Quintero Olivares/Morales Prats: *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor Jose Manuel Valle Muñiz*, Elcano, pp. 787 y ss.
- TORÍO LÓPEZ, A. (1992), "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", en *Presupuestos para la Reforma Penal*, Santa Cruz de Tenerife, pp. 169 y ss.
- VALLE MUÑIZ/TAMARIT SUMALLA (2005), "Delitos relativos a la manipulación genética", en Quintero Olivares (dir.) / Morales Prats (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5.ª edición, Elcano, pp. 151 y ss.
- VEHLING, K.-H. (1991), *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt a. M.
- VOLZ, M. (1968), *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, Göttingen.
- WELZEL, H. (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª edición, Berlin.
- WESSELS/BEULKE (2001), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 31.ª edición, Heidelberg.
- WOHLERS, W. (2000), *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Berlin.
- WOLTER, J. (1981), *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin.
- ZACZYK, R. (1989), *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin.
- ⌘ (1999), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, § 22.
- ZIELINSKI, D. (1973), *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin.
- ⌘ (1986) *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, §§ 80-145, Darmstadt, pp. 304 y ss.
- ZIESCHANG, F. (1998), *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin.